

**Publications du centre universitaire de Tarn-et-Garonne n° 6**

**DE LA SPECIFICITE D'UNE  
INFRACTION PARTICULIERE :**

**LE CRIME CONTRE L'HUMANITE**

**par Catherine Grynfogel**

**Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole**

**Copyright et diffusion : 2012**

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole  
2 rue du doyen Gabriel Marty  
31042 Toulouse cedex

ISBN : 978-2-36170-039-3

Illustration de couverture : Valises laissées par les déportés et exposées au camp d'Auschwitz (photo C. Grynfogel).

Cet ouvrage est dédié à toutes les victimes de crimes contre l'humanité.

Il l'est tout particulièrement à Lucia Gurwitz et à son époux Raphaël Drommelschlager, tous deux raflés, le 26 août 1942, dans le village de Llo (Pyrénées-Orientales), puis parqués dans les camps de Rivesaltes et de Drancy, avant d'être déportés sans retour le 11 septembre 1942 par le convoi n° 31 en partance pour Auschwitz-Birkenau.

Enfin *-last but not least-*, il est dédié à Edouard... sans qu'il soit besoin d'ajouter autre chose.



## **DE LA SPECIFICITE D'UNE INFRACTION PARTICULIERE : LE CRIME CONTRE L'HUMANITE**

En tant que fait sociologique, le crime contre l'humanité existe depuis que le monde est monde. En tant qu'infraction pénale, son apparition est plus tardive, puisqu'elle devait coïncider avec le premier procès international de l'Histoire, celui des principaux criminels de guerre de la seconde guerre mondiale devant le Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg<sup>1</sup>.

C'était obéir aux nécessités pratiques imposées par les circonstances que de choisir une ville autre que la cité berlinoise pour le procès des dirigeants nazis. Les ruines et les décombres de la capitale rendaient impossible l'accomplissement, dans de bonnes conditions, d'une tâche historique de si grande envergure. Le choix de Nuremberg ne fut pourtant pas le fruit du hasard et moins encore, celui de l'opportunité. En premier lieu, la ville présentait certains avantages matériels non négligeables, tels que son palais de justice relativement épargné par les bombardements alliés et de nombreuses possibilités d'hébergement aux alentours. Surtout, Nuremberg possédait un passé où se mêlait tragiquement le souvenir des manifestations de l'esprit allemand à celui de la folie meurtrière portée à son paroxysme. Immortalisée par Wagner, qui en avait fait la patrie de Hans Sachs, le héros des « Maitres Chanteurs », la ville de Nuremberg jouissait d'une notoriété

---

<sup>1</sup> Il est vrai que le concept de « crime de lèse humanité » avait été évoqué au lendemain de la première guerre mondiale, pour qualifier les crimes commis par les Turcs sur les populations arméniennes. Il fut inclus, sous le nom de « crime contre l'humanité », dans le traité de Sèvres du 10 août 1920, en lequel le gouvernement turc s'engageait à livrer aux Alliés les personnes dont l'extradition était demandée, pour participation aux massacres commis sur le territoire turc depuis le 1<sup>er</sup> août 1914. Il était aussi prévu, dans l'hypothèse où la SDN constituerait un tribunal compétent pour les juger, que les Alliés se réservaient le droit de les lui déférer, tandis que le gouvernement turc s'engageait à en reconnaître l'autorité. Cependant, le traité de Sèvres ne fut pas ratifié, et le traité de Lausanne du 24 juillet 1923, destiné à régler définitivement la question des relations entre la Turquie et les puissances alliées, fut complété par une déclaration d'amnistie de tous les crimes commis entre le 1<sup>er</sup> août 1914 et le 20 novembre 1922.

certaine à laquelle les assises tenues annuellement par le Parti national-socialiste et les lois raciales à jamais associées à son nom n'avaient pas peu contribué. Nuremberg avait été un symbole, celui du nazisme ; par la comparution des chefs de l'Allemagne hitlérienne devant une juridiction internationale, il devint celui de l'immanence de la Justice.

Le procès des grands criminels s'ouvrit, le 20 octobre 1945, par la lecture de l'acte d'accusation. Clôturé le 20 août 1946, il nécessita quatre cent trois audiences réparties sur six mois tandis que le jugement, pour sa part, était rendu le 1<sup>er</sup> octobre suivant, à l'issue de deux mois de délibéré.

C'est donc au cours de ce procès que le monde entendit parler, pour la première fois, de crimes contre l'humanité, à travers les crimes perpétrés par les nazis au cours de la seconde guerre mondiale ; des crimes faciles à imaginer dans leur réalité sociologique, mais difficiles à appréhender dans leur dimension juridique.

Qu'est-ce qu'un crime contre l'humanité ?

La réponse est difficile, eu égard aux dérives dont le concept a pu –et continue de– faire l'objet. Pour mieux cerner la question, il convient de remonter aux origines et de comprendre les raisons d'être et le contenu du crime contre l'humanité, en tant qu'infraction pénale. Et c'est alors que les choses se compliquent plus encore.

De première part sont intervenus, au cours de la phase initiale de mise en formule juridique, des éléments extrinsèques à l'infraction elle-même, directement inspirés par les préoccupations politiques du moment : d'où un alourdissement de la définition, sur lequel nous reviendrons plus loin.

D'autre part, le crime contre l'humanité n'a jamais cessé d'hésiter, depuis ses origines jusqu'à nos jours, entre la catégorie des crimes contre la condition humaine –la sienne propre–, et les catégories voisines que sont les crimes de guerre, ou encore les crimes correspondants « ordinaires », banales infractions de droit pénal interne<sup>2</sup>.

Or la qualification exacte et la distinction sont ici essentielles, cela à deux égards. En premier lieu, il convient de stigmatiser ces crimes comme tels, eu égard à leur caractère de gravité extrême : c'est ainsi que le crime perpétré contre le peuple juif au cours de la seconde guerre mondiale, crime sans précédent dans toute l'histoire de l'humanité (et exemple le plus topique, hélas, de crime contre l'humanité), ne peut se confondre avec un crime de guerre, aussi horrible soit-il, parce qu'il fut crime doctrinalement fondé, scientifiquement planifié, méthodiquement organisé et minutieusement exécuté. Par ailleurs, la distinction s'impose d'autant plus que seul le crime

---

<sup>2</sup> Du moins lors de ses applications.

## De la spécificité d'une infraction particulière

contre l'humanité, comme conséquence de ce qui précède, est un crime imprescriptible, c'est-à-dire inoubliable, susceptible de poursuites jusqu'à la mort de ses auteurs : chacun se souvient des procès exemplaires menés, en France, contre Klaus Barbie en 1987<sup>3</sup>, Paul Touvier en 1994 et Maurice Papon en 1998<sup>4</sup>.

Il importe donc de l'identifier, en le suivant à travers ses différentes étapes juridiques (titre 1<sup>er</sup>). Nous nous appliquerons ensuite à rechercher si son acte de naissance, en 1945, de même que les circonstances qui l'ont entouré, étaient simples résultantes du droit des vainqueurs (*vae victis*), ou à l'inverse véritable œuvre de droit (titre 2).

---

<sup>3</sup> V. à cet égard le remarquable article de C. Lombois, « Un crime international en droit positif français, l'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », *Droit pénal contemporain*, in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, éditions Cujas, 1989, p. 367-388.

<sup>4</sup> C. Grynfoegel, « Touvier et la justice : une affaire de crime contre l'humanité ? », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, janv.-mars 1993, p. 62-72 ; « De Touvier à Papon, la complicité de crime contre l'humanité », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n°7-8, 1998.





**TITRE I**  
**LE PROCES DE NUREMBERG : UNE INFRACTION EN DEVENIR,**  
**LE CRIME CONTRE L'HUMANITE**

La première définition du crime contre l'humanité réside à l'art. 6-c du statut du Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg annexé à l'accord de Londres, signé le 8 août 1945 par les quatre puissances victorieuses. Par cet accord, il s'agit d'instituer une juridiction pénale internationale pour juger les grands criminels de la seconde guerre mondiale, sur le fondement de trois incriminations réparties en autant de paragraphes distincts.

Selon l'article 6, « Le Tribunal, établi par l'accord mentionné à l'art. 1<sup>er</sup> ci-dessus pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe, sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis individuellement ou à titre de membres d'organisations l'un quelconque des crimes suivants :

*a) les crimes contre la paix* : c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre de violation des traités (...), où la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ;

*b) les crimes de guerre* : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;

*c) les crimes contre l'humanité* : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tous autres actes inhumains commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit

interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

S'agissant des crimes à la suite desquels -ou en liaison avec lesquels- le crime contre l'humanité doit avoir été commis, il peut s'agir, soit d'un crime de guerre, soit d'un crime contre la paix qui, nous le savons, se ramène à « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou une guerre en violation des traités (...), où à **la participation à un plan concerté ou à un complot** pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ». L'idée d'un complot est encore invoquée à l'art. 6 *in fine*, à propos des trois catégories d'infractions, de la façon suivante :

« Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis, sont responsables de tous actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan ».

La définition du crime contre l'humanité est longue, et elle comporte certaines propositions susceptibles de retenir l'attention. Ainsi, pourquoi les comportements incriminés ne sont-ils des crimes contre l'humanité qu'à la condition, semble-t-il, d'avoir été commis à la suite d'un autre crime, crime contre la paix ou crime de guerre ? Par ailleurs, qu'en est-il exactement de ce plan concerté ou complot ? Ces interrogations comportent des réponses logiques, eu égard au contexte de commission des infractions auquel elles sont étroitement liées. Néanmoins, ce contexte sera totalement ignoré, au fur et à mesure de l'avancée du procès (chapitre I). Comment, pourquoi ? C'est ce que nous nous efforcerons de rechercher dans le cadre d'une appréciation critique du jugement de Nuremberg (chapitre II), avant d'apprécier si celui-ci a donné naissance à des œuvres de Droit (chapitre III).

## Chapitre I

### De l'article 6 du statut du TMI à l'acte d'accusation des grands criminels de guerre

#### *Section I - L'article 6-c du statut du TMI de Nuremberg*

##### *Sous-section I - Pourquoi l'incrimination de crime contre l'humanité ?*

A - A l'origine du crime contre l'humanité, un problème de qualification pénale

Il résulte des travaux préparatoires du statut du TMI que l'article 6-c, soit l'incrimination de crime contre l'humanité, a été la solution trouvée par les alliés à un problème de qualification pénale, que l'on peut expliquer de la façon suivante.

Dès les débuts de la seconde guerre mondiale se déployait, en marge des hostilités proprement dites, une criminalité sans nom, au propre comme au figuré : nous parlons ici, en particulier, de ces assassinats en masse dont furent victimes les Juifs de l'Europe occupée. Première d'une longue liste de dénonciations au monde et d'avertissements alliés, la déclaration de Saint-James de 1942 –signée par les représentants à Londres des pays occupés– dénonce publiquement « le traitement atroce infligé à la communauté juive », entre autres forfaits qui, précise-t-elle, *n'ont rien de commun, ni avec la notion de l'acte de guerre, ni avec celle du crime politique*<sup>1</sup>, telles que les conçoivent les nations civilisées ». Mais si ces crimes sont des crimes contre la condition humaine, cette catégorie pénale n'existe pas encore. Or il est essentiel de qualifier, sur le terrain juridique. En effet, le châtement international des grands criminels est annoncé depuis cette même date ; et s'il constitue l'un des principaux buts de guerre, comme l'énoncent les différentes déclarations alliées<sup>2</sup>, il convient d'ores et déjà d'en préparer la mise en œuvre.

L'obstacle, il est vrai, ne paraît pas insurmontable de prime abord. Il suffira d'élargir la catégorie des crimes de guerre, pense-t-on, selon un

---

<sup>1</sup> Nous soulignons.

<sup>2</sup> En particulier, la déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, signée par le président des Etats-Unis d'Amérique, le premier ministre britannique et le maréchal Staline, « déclarant parler au nom et dans l'intérêt des trente trois Nations unies ».

procédé qui a déjà fait ses preuves en droit international, pour y inclure ce nouveau type de forfait. La catégorie en est connue, et la chose ne devrait pas soulever de difficultés particulières.

Certes, l'élargissement est ontologiquement discutable, puisque ces actes n'ont *rien de commun avec l'acte de guerre*, comme l'ont affirmé les signataires de Saint-James en 1942. Mais il est commode car juridiquement possible, ... du moins à l'égard de la majeure partie de crime commis contre la condition humaine. Peuvent en effet entrer dans la qualification ceux de ces crimes qui ont été commis pendant la guerre, contre des nationaux de pays ennemis de l'Allemagne nazie. En effet, le crime de guerre, par définition, implique des hostilités en cours, un « état de guerre », partant, une différence de nationalité entre le criminel et la victime de l'infraction. Or à ces conditions minimales ne répondent pas les forfaits de nature identique, commis avant ou même pendant la guerre dont les victimes sont, soit de même nationalité (allemande) que les criminels, soit des nationaux de pays alliés ou annexés au III<sup>e</sup> Reich.

C'est surtout la situation des victimes allemandes qui retient particulièrement l'attention. Leur calvaire, en effet, a débuté en 1933, date de l'arrivée de Hitler au pouvoir -donc bien avant le déclenchement des hostilités-, pour se poursuivre jusqu'à la fin de la guerre. A leur égard, d'ailleurs, qu'importe la date de commission des infractions : même perpétrées pendant la guerre, elles n'en deviennent pas pour autant des crimes de guerre, ni même des crimes de droit pénal interne -au moment où elles ont été commises- puisqu'elles sont tacitement autorisées, voire encouragées par les pouvoirs publics.

Fallait-il pour autant les exclure du châtement international d'ensemble préparé par les Alliés ? Partant, fallait-il n'y voir que de simples crimes de droit interne, banales affaires « entre Allemands » laissées à la compétence des juridictions internes ? La question fut unanimement tranchée par la négative, comme en témoigne la rédaction de l'art. 6-c du statut. C'est ainsi qu'est apparue sur la scène internationale une nouvelle catégorie d'infractions pénales, les crimes contre l'humanité ; une catégorie où vinrent naturellement se placer les forfaits similaires que l'on pouvait et que l'on avait été tenté de classer à l'origine, pour des raisons de commodité juridique, dans la catégorie voisine des crimes de guerre. Voilà donc qui explique pourquoi les crimes contre l'humanité peuvent avoir été commis aussi bien *avant que pendant la guerre*, et pourquoi ils sont des crimes punissables, *qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays ou ils ont été perpétrés*.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

Cependant, toutes les difficultés n'étaient pas résolues pour autant, notamment pour ce qui concerne les crimes contre l'humanité *stricto sensu*. Certes, ils sont à l'origine de l'incrimination, comme nous venons de l'exposer. Mais qualifier n'est pas tout, et aucune règle de droit international n'autorise alors l'occupant militaire allié à sanctionner les crimes commis avant ou pendant la guerre, par l'Etat occupé, contre ses propres nationaux. En d'autres termes, ces crimes ne sont pas justiciables du for international. Il leur manque un élément de rattachement que les juristes américains découvriront –ou croiront découvrir– dans la notion anglo-saxonne de *conspiracy* ou plan concerté, complot.

### B – Le complot, comme réponse à un problème de compétence

La difficulté réside essentiellement dans le fondement légal du procès dont la nécessité, dans la pensée américaine, ne fait aucun doute. Mais ce fondement, pour diverses raisons –notamment, la carence d'une loi internationale préexistante aux faits- ne peut être trouvée que dans les lois et coutumes de la guerre. En conséquence, les forfaits nazis commis contre les victimes allemandes ne peuvent pas être compris dans les poursuites – toujours en raison de la nationalité des victimes et de l'époque de commission des infractions-, *sauf à les lier à la poursuite des hostilités*. Telle est l'idée que défend le procureur américain Jackson, l'un des promoteurs et défenseurs les plus ardents de la justice pénale internationale de l'après-guerre. Pour cela, il suffirait de bâtir toute l'accusation sur la théorie anglo-saxonne du complot<sup>3</sup>, que l'on pourrait schématiquement résumer de la façon suivante : la criminalité nazie n'a pas consisté en de simples actes individuels de cruauté qui, juxtaposés les uns aux autres, constitueraient la « criminalité de guerre ». Au contraire, ces actes s'inscrivaient dans un vaste plan concerté et tous tendaient, ensemble, vers un but unique : l'asservissement de l'Europe.

---

<sup>3</sup> C'est la *conspiracy*, qui, selon le *United States Code* (titre 18, section 371 : *Conspiracy to Commit Offense or to Defraud United States*), est un accord, établi entre deux ou plusieurs personnes, destiné soit à commettre une quelconque infraction au préjudice des Etats-Unis, soit à frauder les Etats-Unis ou l'un de ses organismes représentatifs, de quelque façon et dans quelque dessein que ce soit. Quant à la formule de la loi britannique, elle est plus large encore pour définir l'infraction : « Un acte qui ne serait pas criminel s'il était commis par une seule personne peut l'être s'il est commis en collaboration par deux ou plusieurs personnes » (V. *The law of England*, p.289 ; V. H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », RCADI, 1947 p. 530).

Ce plan, en outre, a comporté différentes phases dont la première a débuté en 1933 en Allemagne : il s'agit des persécutions, des déportations et de tous autres actes inhumains commis, *intra muros*, pour cause de race ou de religion. Il est dès lors légitime que ces forfaits soient soustraits à la compétence interne de l'Allemagne pour pénétrer directement la sphère d'intervention de la communauté internationale : comme l'a précisé J. Jackson, il ne s'agissait pas là de l'activité légitime d'un Etat dans ses propres frontières, mais de la « préparation d'agressions internationales dans la sinistre intention, ouvertement exprimée par les nazis, de se servir de la forme de l'Etat allemand comme d'un instrument permettant d'étendre leur domination sur les autres pays »<sup>4</sup>.

Ainsi se trouve établi, par le biais du complot, le lien entre les crimes contre l'humanité notamment ceux de ces crimes commis avant ou pendant la guerre contre des nationaux allemands, et la conduite des hostilités ; ce lien qui, seul, les rendra justiciables du for international, dans la mesure où ils ont été « **commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime** » (art. 6-c, statut du TMI). Quant à cette liaison à l'égard des crimes d'avant-guerre, elle sera aisée à établir, si l'on rappelle que le crime contre la paix est aussi constitué de « la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent » (c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, visés à l'art. 6-a).

Concluons donc sur le lien de connexité de l'art. 6-c établi, par le biais du complot, entre les crimes contre l'humanité et un crime de guerre ou un crime contre la paix : il apparaît clairement qu'il s'agit d'une simple condition imposée à la poursuite devant le TMI, non d'un élément constitutif de l'infraction. De sorte que la seule conséquence à en tirer participe du domaine de la compétence, celle du TMI de Nuremberg à l'égard des crimes contre l'humanité.

On peut déjà entrevoir, à la lumière de ces quelques explications, les contours du crime contre l'humanité, tels qu'ils ont été voulus par le législateur international :

- C'est un assassinat, puisque la préméditation l'accompagne. Mais l'art. 6-c ne fait pas pour autant du plan concerté ou complot un élément constitutif de l'infraction, ce plan dont on a bien compris la finalité

---

<sup>4</sup> V. le « rapport Jackson », document de travail établi par l'intéressé pour la mise en place de la justice pénale internationale de 1945.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

première : faire des crimes d'avant-guerre des infractions internationales, compte tenu de l'intention de leurs auteurs.

- Un assassinat perpétré à l'encontre des populations civiles, hommes, femmes et enfants, c'est-à-dire d'individus totalement en dehors du conflit armé et des champs de bataille ;

- Voire même une série d'assassinats, d'homicides en masse, bien que l'élément quantitatif n'ajoute rien à la qualification des faits : le crime contre l'humanité commence avec sa première victime, prise parmi toutes celles que leur appartenance ethnique, raciale ou religieuse désigne à la vindicte des criminels.

### *Sous-section II - La nature juridique de la construction érigée par les Alliés*

Les causes de l'introduction d'un plan criminel concerté dans les charges pesant sur les grands criminels ont été suffisamment invoquées pour qu'il ne soit ni nécessaire, ni utile d'en reprendre le détail. Pour mémoire, il suffira de rappeler sa fonction extensive à l'égard des actes punissables -notamment les forfaits perpétrés avant la guerre, qu'il s'agit d'inclure dans le champ de la répression- et du cercle des personnes responsables. Par ailleurs, nous savons que les théories américaines développées à cet effet tout au long des travaux préparatoires de l'accord de Londres établissent toutes une très étroite relation entre le complot et la catégorie des crimes contre l'humanité.

Que ces théories aient été acceptées en leur principe par les négociateurs au cours de la conférence londonienne -ultime étape avant la conclusion de l'accord du 8 août- ne paraît guère douteux, le complot ayant reçu sa sanction définitive dans l'article 6 du statut. Néanmoins, il n'est pas dépourvu d'intérêt de procéder à l'analyse globale du texte de loi sous l'éclairage du seul concept de « plan criminel concerté », ne serait-ce qu'aux fins d'appréhender la nature de la construction juridique érigée sur son fondement par les législateurs alliés.

#### A- Le complot dans le statut du 8 août 1945

Loin de lui réserver un paragraphe spécial, l'article 6 se satisfait d'une première référence au complot dans l'exposé particulier du crime contre la paix puis d'un rappel général, à l'égard des trois catégories d'infractions, en son dernier alinéa. Selon l'article 6-a, le crime contre la paix consiste en « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression (...) ou la participation à un plan concerté pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent » (c'est-à-dire la direction, la préparation, etc.). Quant à l'alinéa final, il indique que « les

dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis [c'est-à-dire les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité] sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan ». De la combinaison de ces deux formules, une plume très autorisée a retiré l'analyse suivante : le complot visé à l'article 6-a devrait être compris comme une forme particulière du crime contre la paix, tandis que le dernier alinéa aurait pour fonction exclusive de déterminer les personnes responsables, en qualité d'auteurs principaux ou indirects, des crimes définis aux trois paragraphes précédents. En définitive, cette disposition consacrerait une construction fondée sur le droit commun de la participation criminelle, sensiblement identique aux conceptions françaises de la complicité, « la seule particularité du texte [consistant] à rattacher la participation au complot, au lieu de la relier directement à chacun des crimes que le complot a pour objet de commettre ». Toutefois, cette particularité est purement formelle, poursuit le même auteur, « puisque en droit commun la participation aux actes préparatoires est un cas de complicité »<sup>5</sup>.

Cette analyse subtile comporte certainement une part de vérité, bien qu'il existe certains arguments susceptibles de la nuancer. D'une part, s'il est exact que la disposition finale de l'article 6 puisse être assimilée à la complicité du droit français, on peut remarquer que ses termes pourraient tout aussi bien s'appliquer à une *conspiracy* britannique : aucun élément dans sa formulation ne peut la contredire. Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle le complot mentionné à l'article 6-a constituerait une forme du crime contre la paix nécessite, à notre sens, quelques explications complémentaires : entend-on par « complot » un simple projet secrètement concerté, une machination ourdie à plusieurs ? Dans ce cas, on aperçoit mal le sens de son inclusion dans la définition du crime contre la paix. En premier lieu, le plan criminel en vue de perpétrer des guerres d'agression ne paraît constituer que l'élément détaché du complot très général mentionné à la fin de l'article 6, à l'effet de retenir la responsabilité de tous les participants dans la commission de tous les crimes portés par le même texte, y compris les crimes contre la paix. En outre, les actes répréhensibles constituant l'objet de ce projet secrètement concerté sont définis, à l'article 6-a, comme « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression ». Or

---

<sup>5</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.*, p. 510 et 511.



## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

la direction et la préparation d'un délit ou d'un crime imputées à un individu établissent, soit sa complicité par instigation, soit sa préméditation ; autrement dit, sa participation à un complot, à un plan criminel, qu'il ait été ou non concerter. Dès lors, la mention de celui-ci dans la définition du crime contre la paix, déjà élargie à la direction et à la préparation de l'infraction devient d'un (double) emploi inutile. Il peut donc paraître hasardeux d'analyser le complot visé au paragraphe a (du moins si on l'entend au sens commun du terme) comme une forme du crime contre la paix, à moins que de conclure à l'erreur matérielle, non intentionnelle.

Faut-il alors appréhender ce complot en vue de perpétrer des guerres d'agression sous l'angle très particulier d'une *conspiracy* ? Il semblerait qu'une réponse négative s'impose, compte tenu non seulement de la rédaction de l'article 6-a, mais encore de la nature des infractions qu'il définit, à savoir « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression (...), ou la participation à un plan concerté pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ». La proposition finale de l'article 6-a eût-elle figuré à l'article 6-b ou à l'article 6-c, il était possible de concevoir qu'elle puisse renfermer l'acception spécifique d'une *conspiracy*, prise en sa fonction de procédé juridique indirect : crimes de guerre et crimes contre l'humanité étant des infractions d'exécutants, elle permettait en effet de retenir l'entière responsabilité des dirigeants pour la perpétration des forfaits dont ils avaient été simplement les instigateurs.

Les crimes contre la paix, en revanche, constituent des infractions types de gouvernants. De ces agissements illicites, ils sont donc à la fois les coauteurs et les instigateurs, ce qui apparaît déjà dans la première proposition contenue à l'article 6-a. Il est donc inutile de faire appel, dans ce contexte précis, au concept de *conspiracy*, en ce sens qu'il se ramènerait simplement à charger les dirigeants d'une responsabilité indirecte qu'ils peuvent directement assumer, du moins pour ce qui concerne le crime de guerre d'agression.

L'adjonction d'un complot à la définition du crime contre la paix est-elle alors destinée à imputer aux grands criminels deux infractions distinctes, conformément à l'application anglo-saxonne de la *conspiracy*<sup>6</sup> ? Dans cette hypothèse, on aperçoit mal le sens du choix offert, par l'article 6-a, entre les deux propositions qu'il contient ; pour retenir cette explication, il eût fallu les relier par la conjonction « et », en lieu et place du « ou » alternatif utilisé. Eu égard à ces diverses considérations, il semblerait donc qu'il faille

---

<sup>6</sup> Voir *supra*, note 4.

apprécier la nature juridique de ce plan criminel concerté sous un éclairage différent. Celui-ci, au demeurant, est postulé par une lecture attentive des travaux préparatoires (largement entendus) du statut du 8 août 1945 tout au long desquels le concept de complot émerge, s'affirme, enfin s'impose jusqu'à sa sanction définitive dans le texte de loi.

Nous avons déjà pu mesurer l'attachement des juristes américains à l'idée d'une conspiration nazie, cette notion clé constituant le centre de gravité de toutes les théories relatives aux solutions répressives de la deuxième guerre mondiale. Ces dernières, pourtant, ne paraissent pas retenir du concept l'acception très particulière qu'il revêt dans la *common-law*. A vrai dire, sa transposition au châtement des grands criminels en a modifié la physionomie juridique ; à tout le moins peut-on considérer le plan nazi comme une *conspiracy* adaptée, modelée aux contours de cette criminalité nouvelle qu'elle épouse étroitement et dont il s'agit d'organiser la répression. A cet égard, il est d'ailleurs significatif que le juge Jackson -son principal défenseur- ait lui-même suggéré, lors des négociations de Londres, de ne pas utiliser le terme de *conspiracy* dans le corps du statut en raison du sens trop spécifique qu'il revêt en droit anglo-saxon, tout en proposant de le remplacer par la formule, plus souple, de « plan concerté »<sup>7</sup>. Pour conforter l'hypothèse, il suffit de reprendre la somme des divers projets, mémoires et autres rapports successivement présentés et discutés tout au long des travaux préparatoires de l'accord de Londres : tous procèdent de l'idée que les nombreux faits délictueux imputables aux nazis -y compris un complot, un projet secrètement concerté- ne constituent, en fait, que les multiples facettes d'une infraction globale, gigantesque et inédite, inconnue jusqu'alors de l'arsenal répressif, cette circonstance étant de nature à expliquer la diversité des formules tendant à la désigner au fil des documents<sup>8</sup>.

Autrement dit, cette conspiration nazie, ce plan criminel concerté paraît comporter, dans la pensée juridique américaine, un domaine d'application si large qu'il englobe, par-delà la machination initiale, toutes les infractions qu'il tendait à préparer en vue de leur perpétration ultérieure.

---

<sup>7</sup> Voir H. Meyrowitz, *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, thèse Paris, LGDJ, 1960, p. 49.

<sup>8</sup> Le *Yalta memorandum* mentionne l'existence d'un « plan concerté » pour l'opposer à la criminalité de guerre « traditionnelle » (V. H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 31) ; le mémoire de San Francisco, plus précis, fera ensuite référence à une « entreprise criminelle » (*ibid.*), et le juge Jackson, enfin, édifiera toute la construction du châtement des principaux dirigeants autour d'un « plan de domination nazie » (V. *International Conference*, p. 42 et s.).

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

Selon le rapport Jackson –dont on sait l'influence sur la conception et la rédaction du statut-, la formule de « plan de domination nazie » désigne un crime global et gigantesque, consommé par l'accomplissement successif de plusieurs actes matériels de natures différentes mais procédant tous d'un seul et même but. Ce qu'il décrit, c'est l'évolution chronologique d'une vaste entreprise criminelle d'ensemble matérialisée, à chacune de ses étapes, par la perpétration de multiples crimes.

Le point de départ de ce « plan » est le complot ourdi entre Hitler et ses collaborateurs, dont les visées répréhensibles ont d'ailleurs été plus ou moins dévoilées à la communauté internationale à travers la publication de *Mein Kampf*. Il s'agit, en quelque sorte, de l'exposé d'un programme général dont les premiers actes d'exécution se manifestent de façon très logique, si l'on songe qu'ils permettent à une « bande de brigands » de « s'établir fermement en Allemagne », par la destruction de toute opposition réelle ou supposée au régime et à l'idéologie nouvellement instituée par le III<sup>e</sup> Reich. Tous les obstacles susceptibles d'entraver le déroulement des opérations ayant été définitivement écartés à l'intérieur des frontières, rien ni personne ne s'oppose plus, désormais, à la poursuite du « plan » dont les deux phases ultérieures s'effectuent de la manière suivante : la première est constituée de « brigandage international », d'« incitation à la trahison des ressortissants des autres nations afin d'instituer dans ces pays la cinquième colonne et le sabotage », ainsi que des nombreux parjures dont les nazis sont devenus les champions (« Ils concluaient des traités en toute légèreté et les rompaient avec rapidité »). Quant à la seconde, elle se matérialise sous forme de guerres d'agression qui autorisent la reproduction, à un échelon supérieur, du schéma de départ -la destruction de toute opposition aux principes hitlériens- par la perpétration de multiples crimes de guerre et crimes contre l'humanité, à une différence près toutefois : ce dont il est question, désormais, c'est d'assurer l'hégémonie universelle de l'Allemagne, objectif final et avoué de l'infraction dont les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité constituant les moyens d'exécution.

Cela étant, quelle est la nature juridique, partant, l'intérêt d'une telle construction au regard du châtement des grands criminels ? Nous la rechercherons par voie d'analogie, seule méthode applicable en l'espèce, eu égard au caractère totalement inédit, en droit international, de l'infraction dont il s'agit.

### B - Une infraction collective par unité de but

La théorie bâtie par Jackson à partir du concept de complot et, par-delà celui-ci, autour du « plan de domination nazie » n'est pas si originale qu'il y

paraît de prime abord. Au contraire, il semblerait qu'elle puisse s'insérer au sein de certaines constructions doctrinales relatives à la notion de pluralité ou d'unité d'infractions, destinées à résoudre les difficultés inhérentes à certaines formes de criminalité : nous parlons des concepts d'infraction complexe et d'infraction continuée.

L'infraction complexe est celle dont la consommation suppose l'accomplissement de plusieurs actes matériels de natures différentes, tandis que l'infraction continuée se caractérise « par une succession d'infractions occasionnelles de même type qui concourent accidentellement à l'exécution d'une même entreprise délictueuse »<sup>9</sup>. Au sein de cette dernière définition, il est vrai que les termes « occasionnelle » et « accidentellement » peuvent desservir l'idée tenant lieu de fondement aux conceptions volontaristes de Jackson à l'égard du « plan ». Par ailleurs, il est un point supplémentaire, issu du rapprochement des deux concepts, qui nécessite réflexion : nous savons que les divers agissements participant de la consommation de l'infraction continuée constituent tous des infractions punissables en elles-mêmes, alors que dans l'hypothèse de l'infraction complexe, il n'est question que de simples « actes matériels de natures différentes », pas forcément délictueux s'ils sont pris isolément mais qui le deviennent du fait de leur juxtaposition, partant, de leur réunion dans la définition doctrinale. Rapportées à l'infraction sous examen, ces considérations agitent un délicat problème d'appréciation : les agissements procédant du « plan de domination nazie » sont-ils des crimes, si on les examine de façon séparée, après les avoir détachés les uns des autres ? On peut hésiter à répondre par l'affirmative, du moins pour ce qui concerne ceux d'entre eux qui se situent au cours de la période précédant les agressions internationales.

En admettant que la machination soit réputée punissable indépendamment de tout résultat<sup>10</sup>, son isolement suffit désormais à la dépouiller du caractère international qu'elle avait pu acquérir « par destination » ou encore « par accession », si l'on peut dire, du fait de son rattachement à l'infraction globale, et à la restituer à son contexte naturel de droit allemand. Quant aux atrocités et persécutions perpétrées avant l'ouverture des hostilités, on peut même douter de leur caractère répréhensible en vertu de la loi allemande qui resterait la seule concernée, pour peu que ces agissements soient détachés du vaste plan d'ensemble. Certes, cette loi ne les ordonne pas expressément (au moins pour les actes les plus graves, comme les assassinats), mais il est clair qu'elle établit une

---

<sup>9</sup> R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 4<sup>e</sup> éd., t. I, 1981, p. 554.

<sup>10</sup> Comme une *conspiracy* anglo-saxonne.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

permission tacite à leur endroit, ce qui suffit à les rendre sinon légaux, du moins licites là où ils se commettent. Toutefois, nous ne suivrons pas la législation nationale-socialiste sur cette voie ; des considérations tirées des exigences les plus élémentaires de la morale et de la justice s'y opposent tout autant, d'ailleurs, que l'intention des Alliés maintes fois répétée de considérer ces comportements comme des crimes, voire des crimes contre l'humanité, « qu'ils aient constitué ou non une violation de la loi interne des pays où ils ont été perpétrés » (art. 6-c).

Il n'est donc pas arbitraire de concevoir dans l'ensemble tous les actes d'exécution de l'entreprise criminelle -bien que le doute subsiste pour ce qui concerne le complot- comme autant d'infractions punissables, quelle que soit leur situation dans l'espace ou dans le temps. Si cette conclusion permet de circonscrire le « plan » dans les limites de l'infraction continuée, la construction doctrinale relative à la répression de celle-ci contribue, pour une large part, à l'y maintenir, en dépit des légères contradictions relevées plus haut.

Sans doute n'y a-t-il aucune difficulté à admettre que les délits multipliés par le délinquant au cours d'une même séance ou d'une même action constituent de ce fait une infraction d'ensemble ; mais la question est plus délicate à résoudre lorsque ces délits s'échelonnent dans un espace de temps plus ou moins long. S'il paraît logique, en cette hypothèse, de décider qu'il existe autant de délits distinctement consommés que d'actes d'exécution, la doctrine considère généralement qu'il n'y a là qu'une seule infraction imputable à leur auteur, dans la mesure où « toutes ces opérations, qui participent par hypothèse d'un but unique, ne constituent que les modalités d'exécution d'une entreprise criminelle d'ensemble dont la consommation cesse avec le dernier acte »<sup>11</sup>... et commence avec le premier, pourrait-on ajouter.

On ne saurait trouver meilleure expression de l'idée sur laquelle est bâtie la théorie américaine du « plan de domination nazie » ni meilleure formule, pour la qualifier en termes juridiques, que celle d'« infraction collective par unité de but », imaginée par certains auteurs français pour mieux marquer la singularité de la situation recouverte par la notion d'infraction continuée. Mais encore convient-il de préciser le contenu de cette « unité de but », pivot central de la construction doctrinale : l'appréhender comme un simple trait d'union reliant les multiples infractions dont le délinquant s'est rendu coupable reviendrait, par exemple, à assimiler les devoirs nés des relations de voisinage aux obligations issues du mariage. Ce qui importe, c'est

---

<sup>11</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 554, citant Roux, Garraud, Vidal et Magnol.

d'insister sur la coloration particulière de ce dol spécial, commun et persistant qui, par un effet de réversion et d'osmose, tend à rejaillir sur tous les actes délictueux, à les neutraliser en leurs particularités individuelles jusqu'à n'en faire plus que les actes d'exécution d'une infraction collective dont elles revêtent dès lors les caractères dominants. Et c'est précisément sur cette fiction que repose tout l'intérêt de la doctrine édifiée par Jackson, indépendamment des conséquences pénales qui dérivent, de façon générale, de la construction relative à l'infraction collective par unité de but : par-delà le fait qu'elle constitue un procédé juridique susceptible de fixer dans le temps les limites de l'entreprise globale nazie -dont le point de départ est fixé à 1933, date d'accession de Hitler au pouvoir, partant, condition *sine qua non* de la mise à exécution du projet délictueux- elle présente surtout l'incommensurable avantage d'en fixer -fictivement- les limites dans l'espace. Attirant, sans distinction aucune, la totalité des infractions qui la composent dans la sphère internationale, elle relègue à l'arrière-plan les circonstances de « temps de paix » et de « souveraineté interne » accidentellement attachées aux atrocités et aux persécutions précédant l'ouverture du conflit tout en leur restituant, dans le même temps, leur véritable nature juridique : ce sont des infractions internationales<sup>12</sup>.

Ces postulats se retrouvent-ils dans le texte de l'article 6-a du statut ? Sans doute faut-il admettre et concevoir en même temps qu'ils n'y apparaissent pas clairement : la théorie de l' « infraction collective par unité de but » procède d'une construction subjectiviste et criminologique bien plus que juridique, eu égard au rôle essentiel qu'y tient le but poursuivi par le délinquant. En dépit de son intérêt et de toute l'attention qu'elle mérite, il paraît difficile de la transposer dans son intégralité en droit pénal positif, notamment dans le domaine, en pleine évolution, du droit pénal international. La loi, en effet, ne peut se satisfaire de pures supputations psychologiques ; elle se doit de formuler des règles assises sur des critères « sûrs, invariables et faciles à appliquer »<sup>13</sup>, et de les formuler en termes généraux, susceptibles d'embrasser n'importe quelle situation pénale analogue.

Il n'empêche que ces considérations liminaires participent, ne serait-ce qu'en germe, de la combinaison des deux propositions qui cohabitent au sein de l'article 6-a du statut. Faute de l'admettre, il serait extrêmement difficile

---

<sup>12</sup> Voir le raisonnement défendu à ce propos par Robert Jackson au cours de la Conférence de Londres, *International conference*, p. 87. V. aussi Meyrowitz, *op. cit.*, p. 49.

<sup>13</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 570.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

de comprendre, et le silence de l'article 6 sur la domination de l'Europe, cet objectif suprême brigué par les dirigeants nazis et leur Führer, et la situation privilégiée qu'il concède, dans la définition du crime contre la paix, aux guerres injustes et illégales : simples éléments constitutifs de l'infraction<sup>14</sup>, elles procèdent néanmoins d'une étape importante, voire essentielle sur le chemin de la pleine consommation de l'infraction collective. Leur déclenchement, en effet, met directement en péril les intérêts de la société internationale, alors que les autres forfaits -notamment les crimes commis en temps de paix- aboutiront indirectement seulement, de façon moins ostentatoire, au même résultat. En d'autres termes, il s'agit de l'acte univoque tendant « directement et immédiatement à la perpétration du crime ou du délit, c'est-à-dire le dernier ou l'un des derniers avant l'exécution proprement dite »<sup>15</sup>, étant bien entendu que cet acte constitue lui-même une infraction punissable.

Il paraît toutefois erroné, compte tenu de la tournure particulière de l'article 6-a<sup>16</sup>, de limiter le crime contre la paix à la seule sanction des agressions internationales. A première vue, la formule « direction et préparation » peut certainement être comprise comme l'expression d'une volonté de stigmatiser et de retenir, au sein d'une définition légale, soit la préméditation des délinquants, soit encore, en objectivant le point de vue duquel on se place, les actes préparatoires qui précèdent la consommation proprement dite (« le déclenchement des guerres »), en ajout de celle-ci. Mais ces conceptions sont contraires à l'esprit, à la technique et aux usages juridiques en ce qu'elles élèvent, au rang des éléments constitutifs de l'infraction, une simple circonstance aggravante dans le premier cas ou des agissements dépourvus d'intérêt dans le second, les actes préparatoires n'étant en principe considérés qu'aux seules fins de déterminer à quel moment de son déroulement l'infraction, non encore parvenue au stade final de la consommation, appelle le blâme social et la sanction pénale.

En revanche, il semblerait davantage conforme à la volonté des Alliés -du moins si l'on s'en tient à la signification profonde des théories américaines dont l'influence, sur la rédaction du statut, a été déterminante- de retenir du crime contre la paix une conception extensive, fondée sur l'analyse suivante : le mot « direction » pourrait s'entendre de la machination initiale -le

---

<sup>14</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le jugement de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Recueil des cours de l'académie de La Haye*, 1947, p. 489.

<sup>15</sup> Voir M. Garraud, cité par R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 565.

<sup>16</sup> Notamment à travers sa première proposition, à savoir « la direction, la préparation, le déclenchement et la poursuite d'une guerre d'agression ».

complot- visant principalement au « déclenchement » des guerres d'agression, accessoirement à la « préparation » de celles-ci, consommée à court terme par l'annihilation de tout obstacle interne susceptible de compromettre un tant soit peu le succès de l'entreprise finale. La « poursuite », enfin, tendrait à désigner à la fois le prolongement des hostilités et leur cortège de crimes, qu'il s'agisse indifféremment de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

Il reste la seconde proposition de l'article 6-a, à savoir « la participation à un plan concerté ou complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ». C'est alors seulement, à la lumière des considérations que nous venons d'exposer, qu'elle peut logiquement s'interpréter de façon à imputer à tout dirigeant inculqué -la fonction étant étroitement liée à la nature de l'infraction- la responsabilité de tous les forfaits qualifiés « crimes contre la paix », dès l'instant où il est établi qu'il était partie, à quelque titre que ce soit, à ce plan concerté très anglo-saxon, la *conspiracy* dont nous connaissons l'étendue des charges qui en dérivent.

L'inclusion de cette disposition dans le corps du statut n'était pas inutile, dans la mesure où elle devait permettre d'obtenir le jugement de certains accusés dont la participation, dans les actes de « déclenchement ou de poursuite d'une guerre d'agression » était difficile, voire impossible à établir : qu'ils aient cessé toute fonction officielle avant même le début des hostilités, comme Schacht, ou qu'ils se soient expatriés, comme Von Papen, en avril 1939, ils n'en sont pas moins inculpés pour crimes contre la paix, selon l'article 6-a, au même titre qu'un Goering, qu'un Jodl ou qu'un Kaltenbrunner<sup>17</sup>. Telle est, croyons-nous, la substance à retirer de l'analyse interlinéaire et de l'exégèse de la définition, quelque peu obscure, du crime contre la paix. Cependant, la commission des quatre procureurs ne donnera pas dans la demi-mesure en la remplaçant, de façon singulière, dans le texte de l'acte d'accusation.

## ***Section II – L'acte d'accusation des grands criminels de guerre***

Cet acte d'accusation est surprenant à un double titre. D'une part, ses rédacteurs opèrent une confusion quasi-totale entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité (sous-section I). D'autre part, ils font du complot

---

<sup>17</sup> Chargé essentiellement des questions économiques et financières, Schacht avait cessé toute fonction officielle à partir de 1939 tandis que Von Papen avait passé l'essentiel de la guerre en Turquie, où il y avait été ambassadeur. Tous deux seront toutefois acquittés des deux premiers chefs d'accusation (complot et crime contre la paix).



## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

une infraction à part entière, contrairement à l'idée directrice qui avait inspiré les rédacteurs du statut (sous-section II).

### *Sous-section 1 - Une interprétation libre de l'article 6 du statut du TMI*

Rapidement mis au point par le ministère public quadripartite institué conformément à la charte du Tribunal, l'acte d'accusation n'aurait dû réaliser qu'une synthèse scrupuleuse des dispositions formulées par l'article 6, illustrée et développée à l'aide d'exemples caractéristiques des infractions imputables aux accusés. Toutefois, ses rédacteurs firent preuve d'une certaine liberté d'interprétation à l'égard de quelques-unes de ces prescriptions, spécialement en ce qui concerne le complot, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

Les crimes de guerre qui, dans l'acte d'accusation, forment la catégorie la plus importante -elle ne comporte pas moins de neuf rubriques- sont regroupés dans le chef d'accusation n° 3. Quant au chef d'accusation n° 4 -le dernier-, il est entièrement consacré aux crimes contre l'humanité.

Si l'on compare les paragraphes b (crimes de guerre) et c (crimes contre l'humanité) de l'art. 6, on aperçoit une certaine identité entre les deux catégories d'infractions : de partielle, cette identité devient quasi totale dans l'acte d'accusation, ce qui est tout à fait contraire à l'esprit comme à la lettre du statut. L'idée la plus nette qui ressort du texte est que tous les crimes de guerre, sans exception aucune, sont aussi des crimes contre l'humanité; une idée confortée par une phrase relevée dans l'énoncé du quatrième chef de prévention, selon laquelle « le ministère public se basera sur les faits exposés au chef d'accusation n° 3 *qui constituent également des crimes contre l'humanité*<sup>18</sup> ».

Pour la période de la guerre, la nationalité des victimes devient désormais le seul et unique critère de distinction entre les deux infractions. Les persécutions pour des motifs raciaux, religieux ou politiques qui, dans le statut, entraient dans la seule définition des crimes contre l'humanité, deviennent des crimes de guerre et relèvent du chef d'accusation n° 3, dès lors que les victimes sont de nationalité alliée, ennemie de l'Allemagne. Pour les autres, ces persécutions demeurent des crimes contre l'humanité, dont la catégorie continue de renfermer tous les forfaits commis avant le début des hostilités. Autrement dit, il suffit que les actes délictueux aient été commis pendant la guerre contre des individus ressortissants de nations ennemies de l'Allemagne pour qu'ils revêtent aussitôt la qualification de crimes de

---

<sup>18</sup> Nous soulignons.

guerre; les mobiles importent peu en l'espèce, l'idée de persécution raciale ou religieuse étant laissée à l'arrière plan. Seul est pris en considération le but général poursuivi, à l'exclusion de toute idée de discrimination relative à la race, à la religion, à la nationalité ou opinion politique de la victime. De même, il importe peu que les crimes aient été occasionnels, sporadiques et individuels ou au contraire accomplis en exécution d'une politique systématique de froide extermination : dans tous les cas, ce sont des crimes de guerre. Dès lors, le domaine concédé aux crimes contre l'humanité apparaît fort restreint, limité aux hypothèses en lesquelles ces forfaits « débordaient » dans le statut, le cadre des crimes de guerre. Cette catégorie, selon l'acte d'accusation, regroupe tous les crimes commis depuis 1933 contre toutes les victimes qui ne peuvent invoquer le bénéfice des conventions de la Haye à leur profit, et seulement ces crimes. Surtout, l'acte d'accusation réserve un traitement spécial aux infractions de ce type commises avant les hostilités, cela grâce à la place très particulière qu'il réserve à la notion de complot.

*Sous-section II - Le premier chef d'accusation : « le plan concerté »*

Par lui-même, l'intitulé de ce paragraphe tend à souligner la mouvance extrême de la notion de plan concerté ou de complot au cours de la genèse de la justice pénale internationale : à partir du concept de *conspiracy*, les Américains construisent la théorie du « plan de domination nazie » -dont nous savons qu'il comporte le complot initial et la réalisation des infractions projetées par les conspirateurs-, tout en retenant du premier les conséquences très lourdes qui lui sont attachées. Les Alliés, à leur suite, retiendront de ce « plan » une version expurgée, formulée de façon sibylline dans l'article 6-a sous la qualification de « crime contre la paix ». Les procureurs, enfin, remanieront le concept à l'ultime étape précédant le jugement des grands criminels, comme il résulte de la rédaction de l'acte d'accusation.

Alors que l'art. 6 du statut ne contient et ne définit que trois catégories d'infractions, l'acte d'accusation, pour sa part, comporte quatre chefs de prévention dont l'un -le premier- est entièrement réservé au « plan concerté ou complot ». Certes, celui-ci est mentionné dans le texte à deux reprises, la première dans le paragraphe relatif aux crimes contre la paix (art. 6-a), la seconde dans l'alinéa final. Toutefois, il n'est nulle part question d'en faire une infraction internationale au même titre que le crime contre la paix, le crime de guerre ou le crime contre l'humanité. C'est bien pourtant ce que réalise la commission des ministères publics en retirant de ces diverses

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

indications un chef d'accusation distinct et autonome. Cette interprétation présente probablement l'avantage, dans l'esprit de ses auteurs, de donner à l'accusation une certaine unité reposant -et insistant- sur l'action commune d'un groupe de conspirateurs internationaux. Néanmoins, elle est contestable, dans la mesure première où elle dépasse les limites assignées, par la charte, à la compétence du Tribunal ; et elle l'est d'autant plus qu'elle déforme, ce faisant, la construction édiflée par les Alliés dans le texte de loi.

Le « plan concerté ou complot » fait ainsi l'objet principal et unique d'un chef de prévention autonome, la place même qui lui est assignée -la première- témoignant de l'importance qu'il revêt, désormais, en dépit des dispositions formelles du statut. Toutefois il convient, une fois de plus, de s'élever au-dessus des apparences. A vrai dire, le contenu du premier chef d'accusation ne recèle rien de nouveau par référence au statut; bien au contraire, il confirme notre analyse de l'article 6-a, tout le problème, ici, se présentant, croyons-nous, sous la forme d'une transmutation de qualification.

Le « plan concerté » visé au premier chef n'est autre, en effet, que le « plan de domination nazie » pris en sa version originale américaine, autrement dit cette vaste entreprise criminelle d'ensemble ayant pour fin la domination de l'Europe et recouvrant non seulement « l'élaboration », mais encore « l'exécution » d'un plan commun ou complot. Au demeurant, il serait bien plus juste de préciser que la construction édiflée par Jackson n'en constitue que la trame, eu égard aux très larges développements dont le « plan concerté » fournit la matière à ce premier chef d'accusation : c'est ainsi que la persécution et l'extermination des minorités raciales, politiques et religieuses sont citées aux trois rubriques D, F, G respectivement intitulées « acquisition du contrôle totalitaire de l'Allemagne au point de vue politique » (D), « utilisation du contrôle nazi en vue de l'agression contre l'étranger » (F), « crimes de guerre et de lèse-humanité commis au cours de l'exécution du complot nazi dont les accusés sont responsables » (G). De surcroît, elles sont présentées comme des moyens d'exécution systématiquement adoptés par les dignitaires allemands -les accusés- « aussi bien en Allemagne que dans les territoires occupés »<sup>19</sup>.

En définitive, ces observations diverses ajoutées à l'analyse de l'article 6-a du statut convergent toutes vers une solution singulière, sans doute, mais tout à fait logique : du « plan de domination nazie » américain requalifié « crime contre la paix » dans la charte du Tribunal au « plan concerté » du premier chef de prévention, il s'agit encore et toujours de la même infraction.

---

<sup>19</sup> Ces mêmes actes sont qualifiés « crimes contre l'humanité » aux rubriques D et G.

Mais c'est sa dénomination dernière et malheureuse en ses implications qui sera à l'origine de sa perte. « Plan concerté ou complot », la formule constitue la traduction, en français, de *common plan or conspiracy*, cette incrimination anglo-saxonne de laquelle dérivent des conséquences pénales très étendues exposées, de surcroît, dans le texte du premier chef d'accusation :

« (...) tous les accusés, ainsi que diverses autres personnes [qui] participèrent comme chefs, organisateurs, instigateurs ou complices à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan commun (...) sont individuellement responsables de leurs propres actes et de tous ceux commis par les personnes préposées à l'exécution de ce plan commun ».

Faut-il le préciser, cette disposition se heurtait à certains obstacles de fait et de droit que ne manqua pas de soulever vigoureusement la défense : s'il n'est guère réaliste de parler de volonté commune entre Hitler et les accusés, eu égard à la théorie du *Führer Prinzip*<sup>20</sup>, il ne l'est pas plus d'invoquer l'existence d'un complot dont tous les moyens d'exécution auraient été soigneusement prévus à l'avance, puis planifiés dans le temps et dans l'espace. Seuls les buts essentiels de l'entreprise criminelle avaient été fixés dès l'origine, les moyens pour les atteindre ayant toujours été fonction des événements, affirmèrent les avocats. Surtout, l'incrimination fondée sur la participation à une *conspiracy* constitue une violation du principe de légalité des délits et des peines. Typiquement britannique, elle est étrangère non seulement à deux des systèmes législatifs représentés dans la formation de jugement (ceux de la France et de l'URSS), mais encore aux accusés dont on prétendrait apprécier la conduite *a posteriori*, sur le fondement de principes dont ils ignoraient tout au moment de leur intervention.

Quelle que soit leur valeur respective, ces arguments étaient de nature à faire impression sur les juges ; nous en voulons pour preuve cette circonstance qu'ils contiennent déjà les prémisses de la nouvelle orientation donnée au complot par le Tribunal, orientation dont ils révèlent d'ores et déjà toute la spécificité : au lieu de conserver la substance de l'infraction pour n'en rejeter que les conséquences pénales, on se sert au contraire des secondes pour occulter la première, aboutissant ainsi à l'annihilation de la totalité de l'incrimination. Pour la défense et compte tenu de l'importance de l'enjeu, il faut reconnaître l'habileté du procédé. Cependant on aperçoit mal, de prime abord, les raisons qui décideront le Tribunal à la suivre dans cette voie, compte tenu de l'intérêt de la construction pour ce qui concerne non

---

<sup>20</sup> Nous reviendrons sur la théorie du *Führer Prinzip* dans un paragraphe ultérieur (Voir C, « Le critère du complot »).

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

plus les personnes, mais les actes punissables.

Il convient enfin de revenir brièvement sur l'acte d'accusation afin d'éclaircir un dernier point. Si le « projet concerté » inclus au premier chef de prévention renferme tous les éléments constitutifs de l'infraction définie à l'article 6-a du statut, que reste-t-il du crime contre la paix, ainsi vidé de sa substance mais néanmoins unique objet du second chef d'accusation ? Réduite à la portion congrue et formulée en cinq lignes, l'infraction ne se ramène plus désormais qu'à « l'élaboration, à la préparation, à l'initiative et à l'exécution des guerres d'agression (...), [également] faites en violation de traités, d'accords et d'engagements internationaux ». Et c'est alors seulement qu'il faut y voir la sanction des guerres injustes et illégales, infractions accessoires -comme les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité- au « plan concerté ou complot » qui les a provoquées.

### *Section III – De l'acte d'accusation au jugement des grands criminels*

#### *Sous-section I - Le regard du Tribunal sur le plan concerté*

Sous forme de « crime contre la paix », le « plan de domination nazie » avait peut-être quelque chance de franchir avec succès l'épreuve du procès ; comme « plan concerté », il ne résista pas à la réserve manifestée par les juges de Nuremberg<sup>21</sup> à l'encontre du concept de *conspiracy*. Leur interprétation, à son égard, fut très restrictive : d'une part est abandonnée l'inculpation de « complot » (premier chef d'accusation) en vue de commettre des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. D'autre part, le « plan concerté », ainsi amputé d'une bonne partie des conséquences qu'il était appelé à produire -au moins sur le terrain des crimes contre l'humanité- est en fait confondu, dans le jugement, avec la préparation des guerres d'agression.

#### *A - Le complot et les crimes contre l'humanité*

En isolant à l'intérieur d'un chef d'accusation autonome le complot en vue de perpétrer des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la commission des quatre procureurs avait fait œuvre de création par référence au statut qui, pour sa part, n'avait institué que trois catégories d'infractions ; aussi le Tribunal refusa-t-il de la suivre sur ce terrain. Après avoir évoqué le contenu du premier chef d'accusation, il constate toutefois que « le statut ne contient rien de semblable. L'article 6 *in fine* dispose :

---

<sup>21</sup> Notamment les magistrats de formation juridique continentale.

« Les chefs, les organisateurs, les instigateurs et les complices, participant à la préparation ou à l'exécution d'un plan concerté ou complot relatif à la perpétration des crimes précités, sont responsables de tous les actes commis par quiconque en exécution de ce plan.

« Le Tribunal estime que ces mots n'ont pas pour objet d'ajouter une infraction distincte aux crimes précédemment énumérés. Leur seul but est de déterminer les personnes qui seront rendues responsables de participation au plan concerté.

« Aussi le Tribunal négligera-t-il désormais l'inculpation de complot en vue de commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Le plan concerté n'est considéré qu'à l'égard des guerres d'agression »<sup>22</sup>.

De ce premier chef de prévention, il ne subsiste donc plus, à ce stade, que l'accessoire -c'est-à-dire l'étendue de la responsabilité, compte tenu de la participation criminelle de chacun- après occultation du principal, à savoir cette idée d'entreprise délictueuse d'ensemble consommée, entre 1933 et 1945, par la perpétration de multiples infractions.

B - « Le plan concerté et les guerres d'agression »<sup>23</sup>

Tel est l'intitulé du chapitre par lequel le jugement réalise l'absorption du premier chef d'accusation (le complot) par le second, relatif aux crimes contre la paix (les guerres d'agression). La primauté, d'emblée, est conférée à ces derniers au détriment du plan concerté qui les a préparés et provoqués :

« Le Tribunal examinera (...) les crimes contre la paix visés dans l'acte d'accusation. L'inculpation formulée dans le premier chef (...) est celle de complot ou de plan concerté en vue de commettre des crimes contre la paix. L'inculpation formulée dans le deuxième chef est celle des crimes contre la paix consistant en la préparation, le déclenchement et la poursuite des guerres d'agression. Il y a lieu de réunir la question de l'existence d'un plan concerté avec celle des guerres d'agression (...) ».

Au demeurant, le Tribunal ne se limite pas à consacrer la prééminence des crimes contre la paix sur le seul complot, puisqu'elle s'étend aux deux autres catégories de crimes portées par le statut et l'acte d'accusation : « l'inculpation selon laquelle les accusés auraient préparé et poursuivi des guerres d'agression est capitale », affirme-t-il. « Déclencher une guerre

---

<sup>22</sup> « Le procès de Nuremberg : le verdict », in *Procès des grands criminels devant le Tribunal militaire international de Nuremberg*, 42 volumes, Nuremberg, 1947, texte officiel en langue française, Service d'information des crimes de guerre, Office français d'édition, Paris, p. 64 et 65.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 25.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

d'agression n'est pas seulement un crime d'ordre international : c'est le crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous »<sup>24</sup>.

Dès l'instant où le Tribunal décidait que le complot n'avait été fomenté qu'à l'égard des guerres d'agression, il n'avait plus de raisons de traiter ces deux infractions indépendamment l'une de l'autre, dans la mesure où les plans concertés -un pour chaque guerre- avaient été mis à exécution. Le complot se confond donc avec la préparation des agressions internationales, contenue dans la définition du crime contre la paix portée à l'article 6-a du statut. Mieux encore, ajoute la formule de jugement ; il importe peu au TMI de démontrer « l'existence d'un complot d'ensemble englobant la prise de pouvoir, l'extension de la domination nazie à tous les domaines de la vie économique et sociale, les projets de guerre ». Il lui suffit de constater que les preuves qu'il détient justifient « l'imputation, aux accusés, des plans concertés et successifs tendant à la guerre d'agression (...) plutôt que celle d'un complot les englobant tous »<sup>25</sup>. A chaque étape correspond donc un complot particulier auquel les accusés -ou certains d'entre eux- ont participé en qualité d'instigateurs.

La position du Tribunal appelle plusieurs remarques. En premier lieu, des principes ainsi énoncés auraient dû logiquement découler diverses conséquences lors de leur application, au cas par cas, à chacun des accusés. Il eût été logique, notamment, que dans les déclarations de culpabilité individuelles fussent liés les chefs d'accusation un et deux. Ainsi, tout accusé reconnu coupable d'un ou de plusieurs crimes contre la paix devait l'être également du ou des complots qui l'avait (ou les avaient) provoqué(s), de même que tout accusé déclaré coupable de complot devait l'être aussi de la guerre qui en était résulté. Or si cette liaison est effectuée, dans les attendus, au sein d'un seul et même paragraphe intitulé « crimes contre la paix », les conclusions fixant le verdict propre à chacun dissocient parfois les deux accusations. Six accusés dont la responsabilité pour participation au complot avait été retenue par l'accusation à l'exclusion de toute inculpation du chef de crime contre la paix sont, tous six, déclarés innocents du premier chef relatif au complot<sup>26</sup>. D'autre part, tous les criminels reconnus coupables du premier chef le sont également du second<sup>27</sup>. Sans doute ces décisions ne soulèvent-elles aucune difficulté, puisqu'elles sont en tout point conformes à

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>26</sup> Il s'agit de Kaltenbrunner, Franck, Streicher, Von Schirach, Fritzsche, Borman.

<sup>27</sup> Goering, Ribbentrop, Keitel, Rosenberg, Raeder, Jodl, Neurath.

la ligne de conduite adoptée par le Tribunal. En revanche, quatre des accusés, inculpés des deux premiers chefs, sont reconnus coupables du second tout en étant innocentés du premier : il s'agit de Frick, Funk, Doenitz et Seyss-Inquart.

Le verdict rendu dans ces hypothèses apparaît donc inconciliable avec les principes antérieurement énoncés dans la partie générale du jugement puisqu'il infirme, de façon peu compréhensible, la théorie selon laquelle il n'aurait pas existé de complot global mais une série de plans concertés spécifiques à chacune des guerres. Ainsi en est-il notamment du cas Seyss-Inquart, dont la déclaration personnelle de culpabilité illustre parfaitement la singularité de la méthode.

Ses attendus ne comportent que deux rubriques respectivement intitulées « activité en Autriche » et « activité criminelle en Pologne et aux Pays-Bas », lesquelles relatent les nombreux crimes de guerre et crimes contre l'humanité résultant des activités de l'intéressé dans les pays concernés<sup>28</sup>. Toutefois, rien ne permet d'expliquer son acquittement du premier chef ni sa culpabilité du second ; au contraire, il semblerait même qu'il ait participé au complot visant à l'occupation de l'Autriche, comme il ressort de la proposition suivante : « Seyss-Inquart participa à la dernière phase des tractations qui précédèrent l'occupation de l'Autriche par l'Allemagne (...) »<sup>29</sup>.

Par ailleurs, sa culpabilité du chef de crime contre la paix paraît essentiellement concerner cette même occupation -à l'origine de laquelle il avait joué un rôle important-, plutôt que celle des deux autres pays déjà occupés, lors de sa prise de fonctions, « à la suite de guerres d'agression »<sup>30</sup>. Or l'occupation de l'Autriche n'est pas le résultat d'une guerre d'agression, décide le Tribunal. L'Anschluss, l'annexion du territoire autrichien au Reich allemand a été effectué par suite d'un « acte agressif », ce qui n'est manifestement pas la même chose. Ces contradictions inexplicables -et inexpliquées- permettent toutefois d'apprécier, *a contrario*, le critère retenu par les juges du « plan criminel concerté ».

#### C - Le critère du « complot »

En refusant d'adhérer à la thèse du complot général soutenue par l'accusation, le Tribunal ratifiait, en partie, le point de vue de la défense ; mais il refusa de souscrire à l'argumentation développée par celle-ci sur le

---

<sup>28</sup> Seyss-Inquart sera condamné à mort en rétribution de ses crimes.

<sup>29</sup> « Le procès de Nuremberg : le verdict », *op. cit.*, p. 187.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 188.



## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

thème du *Führer Prinzip*. Concentrant tous les pouvoirs -qu'il s'agisse du législatif, de l'exécutif et même du judiciaire - entre ses mains après avoir introduit dès 1933 le régime de la dictature en Allemagne, Hitler avait pu imposer sa volonté absolue à tous les Allemands, y compris à ses plus proches collaborateurs. Du point de vue de la défense, il n'est donc pas vraisemblable d'invoquer l'hypothèse d'un complot, d'une volonté commune entre le Führer et les accusés, l'hypothèse inverse étant d'ailleurs fermement démontrée par les procès-verbaux des principales réunions tenues par le chef de l'Etat : comme il ressort de ces documents, celui-ci se contentait d'informer ses interlocuteurs des décisions qu'il avait prises et de les leur imposer sans qu'ils ne puissent ni émettre un avis, ni *a fortiori* formuler la moindre critique. Les plans d'agression ont donc été préparés par un seul homme, en conclurent les défenseurs, leurs clients, accusés à tort, n'ayant fait qu'obéir et exécuter.

Le Tribunal ne nie pas que la seule volonté de Hitler ait été à l'origine des plans d'agression dirigés contre les autres nations. Néanmoins, admettre que son autorité absolue rendît impossible tout concert de volontés eût logiquement conduit à supprimer le fondement même de la responsabilité des principaux dirigeants. Pour cette raison, les juges déduisent de leur présence aux principales conférences organisées par le Führer la preuve de leur participation aux plans d'agression établis par celui-ci, plans qui deviennent dès lors des « plans concertés » :

« Objectera-t-on que cette notion de plan concerté s'accorde mal avec le régime de la dictature ? Ce serait à notre sens une erreur. Ce plan, un seul l'a peut-être conçu. D'autres en sont devenus responsables en prenant part à son exécution, et leur soumission aux ordres du promoteur ne les libère pas de cette responsabilité (...) », dirent les magistrats. « Quand [les collaborateurs de Hitler], en pleine connaissance de cause, lui ont offert leur assistance, ils sont devenus parties au complot qu'il avait ourdi. S'ils furent, entre ses mains, des instruments, la conscience qu'ils en eurent empêche de les reconnaître innocents (...) »<sup>31</sup>.

Le critère matériel du complot, selon le Tribunal, se présente donc de la manière suivante : le fait, pour l'un des accusés, d'avoir assisté à l'une ou plusieurs des conférences secrètes au cours desquelles Hitler exposait ses intentions belliqueuses suffit à établir sa participation à un plan concerté, partant, sa culpabilité ; son absence, à l'inverse, l'innocente de la prévention de « complot ». S'agissant ainsi de Frick, « (...) il n'est pas prouvé qu'il ait assisté à aucune des conférences (...). Le Tribunal estime, en conséquence,

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 64.

que Frick n'a pas participé au plan concerté ou complot en vue d'une guerre d'agression, tel qu'il est défini dans ce jugement »<sup>32</sup>. Funck non plus « (...) ne joua pas un rôle prépondérant dans l'élaboration des plans nazis de guerre d'agression » ; en effet, « [son] activité (...) commença à une époque où les plans nazis de guerre d'agression avaient déjà pris une forme définitive »<sup>33</sup>. Doenitz, pour sa part, « (...) n'a pas assisté aux importantes conférences au cours desquelles furent exposés les plans de guerre d'agression et il n'est pas prouvé qu'il ait été au courant des décisions prises à ces conférences (...) »<sup>34</sup>, ce qui justifiera sa relaxe du chef de complot. Quant à Seyss-Inquart, nous avons déjà relevé qu'il avait participé seulement à la dernière phase des tractations relatives à l'occupation de l'Autriche, ce qui l'exclut de la conférence du 5 novembre 1937 au cours de laquelle Hitler avait exprimé son intention de s'emparer du territoire autrichien et de la Tchécoslovaquie.

La participation à un complot se ramène donc, en définitive, à un acte de complicité par assistance, compte tenu de la connaissance, par l'accusé, du but criminel poursuivi par l'instigateur, assimilé ici à l'auteur principal des infractions poursuivies<sup>35</sup>. Cependant, le concept de « plan concerté » ne vise plus que les crimes contre la paix, selon l'appréciation souveraine des juges. Il est désormais dépourvu de toute utilité pour ce qui concerne les forfaits perpétrés en Allemagne ou en Autriche avant le déclenchement du conflit, forfaits qui dès lors, échappant à la qualification de « crime contre l'humanité », ne relèvent pas -ou ne relèvent plus- de la juridiction du Tribunal militaire international.

#### *Sous-section II – La position du tribunal à l'égard des crimes contre l'humanité*

##### *A – Les crimes contre l'humanité commis avant la guerre*

De son refus d'accorder la qualification de crimes contre l'humanité aux forfaits perpétrés entre 1933 et 1939, le Tribunal devait tirer, pour conséquence logique, son incompetence à leur endroit, partant, leur éviction de la poursuite internationale dirigée contre les grands criminels : décision singulière, si l'on se souvient que les persécutions, atrocités et autres actes inhumains précédant le conflit avaient initialement été au centre des préoccupations des juristes alliés, puis à l'origine de l'incrimination du crime contre l'humanité, le complot et ses implications diverses constituant, dans l'esprit des auteurs du statut, la simple « passerelle » juridique les reliant à la

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 153 et 154.

<sup>34</sup> Il n'est donc plus question de *conspiracy*.

<sup>35</sup> *Id.*, p. 161.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

Haute juridiction. Au demeurant, la position adoptée par le TMI paraît plus singulière encore si l'on constate que la qualification de crime contre l'humanité, déniée aux forfaits du temps de paix en raison de leur défaut de relation avec un complot est concédée, par ailleurs, à certains forfaits du temps de guerre qui leur sont exactement superposables au regard de leur élément matériel, de leur élément moral et des mobiles ayant animé leurs auteurs.

Faut-il conclure à une sorte de « daltonisme juridique » affectant la vision du Tribunal, celui-ci ne retenant de la définition de l'article 6-c, que le seul lien de connexité au préjudice de toutes les autres conditions de réalisation de l'infraction réunies, en l'occurrence, dans la cause dont il s'agit ? L'explication paraît un peu hâtive, pour peu qu'on la rapproche de la formule du jugement : celle-ci nous invite en effet à déplacer la question sur le terrain du « plan concerté ou complot en vue de déclencher et de conduire une guerre d'agression ».

Conformément à l'exigence implicite postulée par les dispositions de l'article 6-c, les magistrats de Nuremberg ont distingué entre la qualification des faits qui leur étaient soumis et la compétence de la juridiction internationale à leur endroit. S'agissant des forfaits perpétrés avant le début de la guerre, le TMI ne s'est pas limité à leur dénier la qualification de crimes contre l'humanité et à les dénoncer comme des actes « odieux », « atroces » et « révoltants ». Bien au contraire, il n'hésite pas à les stigmatiser comme des crimes, ainsi qu'il ressort des termes utilisés dans la formule précitée : ce sont des « meurtres », des « assassinats » et des « persécutions » en tout point identiques, semble-t-il, à ceux qui seront commis après l'ouverture du conflit. Toutefois, cette condamnation purement verbale ne suffit pas à en faire des crimes contre l'humanité conformes, selon les juges, à la définition de l'article 6-c, non plus qu'à les rendre justiciables du for international. Seuls en effet peuvent prétendre à la qualification les assassinats, les atrocités ou les persécutions perpétrés « en liaison ou à la suite de crimes rentrant dans la compétence du Tribunal », c'est-à-dire les crimes contre la paix ou les crimes de guerre.

Pour fonder leur décision, les magistrats ne font pourtant valoir, ni un défaut de relation avec un crime contre la paix, ni une absence de liaison avec un crime de guerre (cependant aisée à établir puisque le crime de guerre, par définition, ne peut être commis que pendant la durée des hostilités). Il est fait uniquement référence à « un complot ou plan concerté en vue de déclencher et de conduire une guerre d'agression », de façon curieusement contradictoire par référence aux termes mêmes du statut : un complot est certainement mentionné dans la définition du crime contre la

paix -bien qu'il ne corresponde pas tout à fait à la définition précitée-, mais il ne constitue pas un « crime rentrant dans la compétence du Tribunal », du moins si l'on s'en tient au texte de loi.

Cette position, contraire à la lettre comme à l'esprit de l'article 6, ne peut recevoir qu'une seule explication. Tenu par les dispositions de sa charte, le Tribunal s'estime lié tout autant par les termes de l'acte d'accusation, qui non seulement retient du crime contre l'humanité une acception particulièrement restrictive, mais encore érige le complot en infraction distincte dans un chef de prévention autonome, cette circonstance étant de nature à affaiblir, voire à annihiler les théories bâties autour du plan criminel par les auteurs du statut. Il s'agit bien d'une mutation du concept de « complot », dans la mesure où il était originellement appelé à produire des effets totalement opposés.

B – Les crimes contre l'humanité perpétrés après le déclenchement des hostilités

S'agissant des atrocités, persécutions et autres actes inhumains commis après le 1<sup>er</sup> septembre 1939, le Tribunal s'est montré moins rigoureux pour leur reconnaître la qualification de crimes contre l'humanité, conformément à la définition contenue dans l'article 6-c du statut. A vrai dire, il s'est efforcé de les confondre avec les crimes de guerre, en réunissant sous une seule rubrique les deux chefs d'accusation pour la plupart des accusés (y compris les organisations et groupements)<sup>36</sup>. Epargnant aux juges une distinction délicate, le biais utilisé devait donc les amener « à fondre pratiquement les crimes de lèse-humanité dans la catégorie des crimes de guerre », selon l'opinion du professeur Donnedieu de Vabres<sup>37</sup>. Toutefois, l'identification entre les deux types d'infractions n'a pas été complète, crimes de guerre et crimes contre l'humanité étant en effet dissociés à l'égard de quatre accusés. C'est ainsi que Doenitz et Raeder, inculpés pour crimes de guerre, devaient être condamnés exclusivement de ce chef, tandis que Streicher et Von Schirach, inculpés comme auteurs présumés de crimes contre l'humanité devaient exécuter, en tant que tels, la peine que leur infligea en conséquence le Tribunal. Dans ces dernières hypothèses, le Tribunal a apprécié, de façon très souple, le lien de connexité avec un crime contre la paix ou un crime de guerre exigé par le texte comme condition de l'intervention de la juridiction

---

<sup>36</sup> « (...) on a vu se commettre des actes présentant le double caractère de crime de guerre et de crime contre l'humanité ». « Le verdict », *op. cit.*, p. 92.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 525.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

internationale à propos de cette catégorie de crimes<sup>38</sup>.

### 1°) Le cas Von Schirach<sup>39</sup>

Nommé en 1931 chef pour le Reich de la jeunesse nazie puis promu, en 1933, au rang de chef de l'ensemble de la jeunesse du Reich allemand, Von Schirach devint, en 1940, gauleiter du territoire de Vienne, gouverneur de cette ville et commissaire à la défense du Reich pour ce même territoire. Inculpé des chefs d'accusation I et IV, l'accusé est innocenté du premier - puisqu' « il n'a pas participé en quoi que ce soit à l'élaboration des plans ou à la préparation de l'une de ces guerres »-, mais reconnu coupable du quatrième et condamné pour sa participation aux crimes contre l'humanité perpétrés à partir de 1940 en Autriche :

« (...) étant donné que l'Autriche avait été occupée conformément à un plan concerté d'agression, cette occupation constitue, aux termes de l'article 6-c, un crime relevant de la juridiction du Tribunal. Par suite, « le massacre, l'extermination, l'esclavage, la déportation et autres actes inhumains, ainsi que la persécution pour des raisons politiques, raciales ou religieuses » liés à cette occupation constituent des crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par le statut », ont déclaré les juges.

Le Tribunal fait donc ici une exception assez remarquable à son attitude réservée à l'encontre de l'incrimination du « plan concerté en vue de préparer des guerres d'agression ». C'est en effet le complot -et uniquement celui-ci- qui confère à l'occupation de l'Autriche la coloration pénale de crime contre la paix -que peut-on y voir d'autre ?- et qui, par-delà cette occupation, constitue l'acte pris en considération pour qualifier « crimes contre l'humanité » les forfaits commis par Von Schirach dans l'exercice de ses fonctions<sup>40</sup>. En l'occurrence, le complot est donc appelé à produire des conséquences sur un terrain autre que celui des guerres d'agression, contrairement aux principes énoncés dans la partie générale du jugement. Par ailleurs, il faut convenir que la relation de cause à effet établie entre le plan concerté et les crimes contre l'humanité reprochés à l'ancien gauleiter - autrement dit le lien de connexité nécessaire à la connaissance, par la juridiction, de cette catégorie de crimes- est appréciée de façon très laxiste

---

<sup>38</sup> « D'autres actes, également postérieurs à la guerre (...) ne sont pas, à proprement parler, des crimes de guerre. Mais le fait qu'ils fussent perpétrés en suite d'une guerre d'agression ou en rapport avec celle-ci permet de voir en eux des crimes contre l'humanité », *ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 171 et s.

<sup>40</sup> Nous savons pourtant que l'occupation de l'Autriche procède, au dire du Tribunal, non d'une guerre d'agression mais d'un simple acte agressif.

par les juges. Nous l'avons vu, Von Schirach n'est entré en ses fonctions de Vienne qu'en 1940, soit plus de deux ans après l'Anschluss. Il sera d'ailleurs acquitté du chef de participation au complot spécifique à l'Autriche, complot dont le Tribunal situe la concertation au 5 novembre 1937, date de la conférence Hossbach. Pour ce premier cas de condamnation du chef unique de crimes contre l'humanité, le jugement applique donc les principes suivants :

- D'une part, les forfaits ainsi qualifiés ont été commis au cours de la période de guerre. Sur ce point, le Tribunal ne varie pas au regard de ses déclarations antérieures.

- D'autre part et surtout, le support juridique retenu pour légitimer la compétence de la juridiction à l'égard de ces crimes est antérieur au déclenchement des hostilités.

La déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de Von Schirach paraît pouvoir être rattachée à la solution générale donnée par le Tribunal à propos de ces actes postérieurs au début de la guerre qui ne sont pas, « à proprement parler, des crimes de guerre », encore qu'ils puissent être considérés comme des crimes contre l'humanité, dès lors qu'ils ont été « perpétrés en suite d'une guerre d'agression ou en rapport avec celle-ci ». Mais précisément parce qu'elle est appliquée à l'Autriche, cette solution illustre toute la singularité du critère retenu pour extraire, de l'ensemble des atrocités et persécutions, les seules qui puissent être qualifiées « crimes contre l'humanité » soumises, de ce fait, à la compétence du TMI : à aucun moment, l'Autriche n'est entrée en guerre contre l'Allemagne, pas plus le 1<sup>er</sup> septembre 1939 -date qui n'a jamais rien représenté pour elle- qu'un autre jour. Compte tenu de cette évidence, il peut paraître à tout le moins inepte de considérer, à la manière du Tribunal, qu'un acte délictueux commis sur le territoire autrichien en exécution d'un plan concerté d'agression -voire « en liaison » avec ce plan- soit un crime contre l'humanité après le 1<sup>er</sup> septembre 1939 mais ne le soit pas la veille, quand bien même présenterait-il, avant ou après la date fatidique, les mêmes caractères intrinsèques tout en procédant de conditions strictement identiques. Nous reviendrons ultérieurement sur cette « anomalie » à propos de laquelle, pourtant, le jugement ne fournit aucune explication.

## 2°) Le cas Streicher<sup>41</sup>

Nazi convaincu, Julius Streicher exerça de 1933 à 1945, en Allemagne, les fonctions de rédacteur en chef du journal antisémite *Der Sturmer* qu'il éditait

---

<sup>41</sup> « Le verdict », *op. cit.*, p. 149 et s.

## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

depuis 1923. Doublement inculpé de « complot en vue de commettre des crimes contre la paix » et de « crimes contre l'humanité », il sera, comme Von Schirach et pour les mêmes raisons, innocenté de la prévention de complot mais uniquement de celle-ci : l'accusation de crimes contre l'humanité (« il prêcha pendant vingt-cinq ans, par la parole et par la plume, la haine des Juifs ») lui vaudra en effet une condamnation à la peine capitale.

Dans l'exposé des charges reprochées à Streicher, le jugement réserve une large place à son activité antérieure à 1939, activité consistant en l'incitation à la persécution et à l'extermination des Juifs. Toutefois, les seuls forfaits retenus dans la déclaration de culpabilité se situent dans la période des hostilités, comme il résulte de l'attendu suivant : « Le fait que Streicher poussait au meurtre et à l'extermination, à l'époque même où, dans l'Est, les Juifs étaient massacrés dans les conditions les plus horribles réalise « la persécution pour des motifs politiques et raciaux », prévue parmi les crimes de guerre définis par le statut, et constitue également un crime contre l'humanité ».

Si le Tribunal, ici encore, demeure fidèle à ses principes en retenant, de l'activité de l'accusé, les seuls agissements postérieurs à la déclaration de guerre pour les qualifier « crimes contre l'humanité », il paraît inspiré, en revanche, d'une définition erronée du crime de guerre : la persécution raciale et politique figure seulement à l'article 6-c du statut relatif aux crimes contre l'humanité, non au paragraphe b du même article qui définit les crimes de guerre.

Il fallait s'y attendre, cette anomalie a donné lieu à diverses divergences doctrinales. Selon P. de Lapradelle, il n'y aurait là qu'une simple inexactitude matérielle, ce que réfute le professeur Donnedieu de Vabres en niant la tournure fautive de la formule litigieuse : l'énumération de l'article 6-b n'est pas limitative, explique-t-il, de sorte que le Tribunal peut qualifier « crimes de guerre » les persécutions dès lors que les circonstances de temps et de lieu sont réunies et qu'il s'agit de faits prévus par la loi pénale<sup>42</sup>. Quant à H. Meyrowitz, il a tout simplement avancé l'hypothèse d'une erreur manifeste de traduction, après avoir procédé à l'examen de la version originale anglaise du jugement. Correctement traduit, le membre de phrase relatif à la déclaration de culpabilité de Streicher devrait se lire ainsi : « [l'incitation au meurtre] réalise la persécution pour des motifs politiques et raciaux en connexité avec des crimes de guerre, telle que définie par le

---

<sup>42</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *op. cit.*, p. 526, note 1.

statut, et constitue un crime contre l'humanité »<sup>43</sup>.

Cette explication, dans sa simplicité, paraît des plus logiques. A son défaut, il faudrait admettre que les crimes contre l'humanité reprochés à Streicher sont en même temps des crimes de guerre<sup>44</sup> ; or le chef d'accusation n° 3, relatif aux crimes de guerre, ne figure pas dans les charges pesant sur l'accusé. Il ne peut donc pas être condamné sur le fondement de forfaits qui ne lui sont pas reprochés. Par voie de conséquence, les crimes de guerre visés dans la formule du jugement constituent seulement les faits en connexion desquels les crimes imputables à Streicher ont été commis, cette circonstance étant de nature à justifier la compétence du Tribunal à leur endroit. Il est toutefois remarquable que celui-ci se contente d'un rapport de connexité assez lâche entre les deux catégories d'infractions.

### 3°) Les organisations et groupements

Ce sont les mêmes principes qui ont guidé le TMI dans les déclarations de culpabilité prononcées à l'encontre de quatre organisations, parmi les huit initialement inculpées par la commission des ministères publics : le corps des chefs du parti nazi, la gestapo et le Sipo-SD, en particulier, sont déclarés organisations criminelles, au sens du statut, en raison de leur participation « aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité en rapport avec la guerre ».

Quant au jugement des membres de ces organisations, il y fut procédé<sup>45</sup> devant les tribunaux militaires institués dans les quatre zones d'occupation, sur la base de la loi n° 10 promulguée par le Conseil de contrôle établi en Allemagne, dont le contenu est à peu près identique à celui du statut. Son article 2-c, notamment, répute crimes contre l'humanité « les atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés ».

---

<sup>43</sup> H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 227, note 16. Ainsi se présente le texte anglais : "(...) constitutes persecution on political and racial grounds in connection with war crimes, as defined by the charter, and constitutes a crime against humanity".

<sup>44</sup> Cette opinion est celle du professeur Donnedieu de Vabres: « (...) à l'égard de Streicher (...) le Tribunal constate que ce dernier grief (les crimes de guerre) était également justifié ». « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.*, p. 526.

<sup>45</sup> Conformément à la déclaration de Moscou et à l'accord de Londres.



## Du statut du TMI à l'acte d'accusation des criminels de guerre

De nombreux procès ont été conduits en application de la Loi n° 10 et il semble qu'ils puissent être considérés comme les simples variantes d'une seule et même conception, celle dont procédait le procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg. Sans doute, les tribunaux militaires des différentes zones étaient-ils nationaux pour ce qui concerne leur organisation, la procédure mise en œuvre et le contrôle administratif auquel ils étaient soumis. Toutefois, ils n'en ont pas moins constitué des instruments participant d'une action répressive internationale, dans la mesure où le droit qu'ils ont appliqué était du droit international, au sens de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Voir J. Graven, « Les crimes contre l'humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 76, 1950, éd. Sirey, p. 470 et 471. Sur la nature de la Loi n° 10, voir C. Lombois, *Droit pénal international*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1979, p. 145, n° 137.



## Chapitre II

### Le jugement de Nuremberg, appréciation critique

Propulsé au premier plan de la scène internationale sous la pression d'événements d'une gravité exceptionnelle, le crime contre l'humanité, ce simple concept philosophique encore dans les limbes des consciences, en marge du droit positif a fait son entrée, en 1945, dans la vie législative et judiciaire. Il s'agit désormais d'une infraction internationale à part entière, investie des normes de comportement et de répression qui lui faisaient défaut et reconnue, du moins théoriquement, par la charte du Tribunal dans son autonomie juridique, à côté du crime contre la paix et du crime de guerre.

Ce progrès indiscutable ne saurait toutefois dissimuler un arrière-plan fait de limitations successives, propres à ramener le nouveau concept à une construction juridique étroite, très peu satisfaisante pour l'esprit. A vrai dire, la définition du crime contre l'humanité contenue dans l'article 6-c du statut, mais surtout son application par le Tribunal laissent encore beaucoup à désirer. D'emblée, il convient de regretter l'introduction, au sein d'une définition appelée à tenir le rôle d'une norme légale, dépassant le cadre restreint pour lequel elle a été instituée, d'une disposition d'ordre procédural telle que ce fameux lien de connexité<sup>1</sup>. Sans doute ne vise-t-il que la compétence du TMI à l'égard de cette catégorie d'infractions ; mais il peut créer de nombreuses difficultés d'interprétation, voire même permettre, comme il le fit lors de sa première application, de dénaturer le concept de crime contre l'humanité. Le jugement du TMI de Nuremberg appelle donc de nombreuses réserves, que nous nous attacherons à analyser au fil des développements suivants.

#### *Section I – L'interprétation de l'article 6-c du statut*

« La catégorie des crimes contre l'humanité, que le statut avait fait entrer par une très petite porte s'est, du fait du jugement, volatilisée », a déclaré un spécialiste de la question : « Nulle part, celui-ci n'encourt le reproche d'avoir

---

<sup>1</sup> La clause de connexité ne figure pas à l'article correspondant (art. 2-c) de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié ; selon H. Meyrowitz, la raison en est que le Conseil, agissant en tant que législateur pour l'Allemagne, n'avait pas à tenir compte des scrupules manifestés par les auteurs du statut. *Op. cit.*, p. 230.

imputé aux accusés des actes inhumains indépendants des circonstances de la guerre »<sup>2</sup>. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée ; à cet effet, il importe de distinguer, à la suite du Tribunal, entre deux catégories d'atrocités, persécutions et autres actes inhumains, sur le critère de l'époque de la commission des infractions.

*Sous-section I – La discrimination arbitraire établie par le Tribunal*

A - Les crimes du « temps de guerre »

En ce qui concerne les crimes contre l'humanité perpétrés après le 1<sup>er</sup> septembre 1939, la tendance du Tribunal à les confondre avec des crimes de guerre pouvait certainement s'appuyer sur le fait qu'ils pouvaient recevoir, dans la plupart des cas, l'une et l'autre des deux qualifications. Mais lorsque les juges furent confrontés à des comportements pour lesquels la qualification de crime de guerre était impossible, c'est alors seulement que les crimes contre l'humanité avaient quelque chance d'être caractérisés dans leur individualité juridique. Le TMI, pourtant, n'a tenu aucun compte de la nature spécifique de l'infraction, partant, de la réalité sociologique et objective des faits. Selon lui, le seul critère distinctif entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité -critère étroitement lié à l'époque de commission des infractions et à la nationalité des victimes- résidait dans l'applicabilité ou la non applicabilité, aux territoires concernés, de la convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre. Ainsi décida-t-il que les moyens par lesquels avait été réalisée la « germanisation » des territoires conquis, d'une façon ou d'une autre, par le Reich allemand, constituaient des crimes de guerre pour les pays régis par la convention de La Haye et des crimes contre l'humanité pour ceux qui ne l'étaient pas : occupés à la suite d'un acte agressif et non d'une guerre d'agression, les Autrichiens ne pouvaient donc pas se prévaloir de ladite convention, pas plus, d'ailleurs, que les victimes de nationalité allemande -et à plus forte raison encore pour celles-ci-, ce qui justifie sans doute les décisions rendues à l'encontre de Von Schirach et de Streicher, mais n'explique pas l'éviction des crimes contre l'humanité perpétrés avant l'ouverture des hostilités.

B - Les crimes du « temps de paix »

Dès l'instant où seuls les crimes perpétrés après 1939 contre des Allemands ou des Autrichiens sont qualifiés « crimes contre l'humanité »

---

<sup>2</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.*, p. 527.

## Le jugement de Nuremberg, appréciation critique

par le Tribunal, son attitude, à l'endroit des forfaits identiques en tout point si ce n'est leur situation dans le temps -avant 1939- apparaît arbitraire tout autant qu'illogique, dans la mesure où rien ne saurait la légitimer. A cet égard, souvenons-nous de ce que nous relevions déjà lors de l'examen de la déclaration de culpabilité de Von Schirach : la situation de ses victimes ne subit aucune modification notable le 1<sup>er</sup> septembre 1939. Persécutées et maltraitées bien avant, elles le restèrent après sans que l'entrée en guerre de l'Allemagne changeât rien à leurs destinées personnelles, établies selon un plan précis duquel rien ni personne ne devait détourner les nazis, à l'exception de la victoire des Nations unies.

L'évocation des projets relatifs à l'élimination progressive des éléments désignés comme nuisibles par l'idéologie hitlérienne -projets, du reste, qui n'établissent aucune distinction fondée sur la nationalité des victimes potentielles- nous ramène inévitablement à ce concept de complot dont l'utilité évidente, pour ce qui concerne les crimes d'avant-guerre, fut annihilée par la réserve extrême manifestée par le Tribunal à son encontre. Nous le savons, elle devait aboutir à l'abandon de l'incrimination de complot en vue de commettre des crimes contre l'humanité, partant, à l'éviction des forfaits perpétrés avant 1939 de la poursuite dirigée contre les grands criminels.

Ces conséquences très rigoureuses seront à l'origine des réflexions de H. Stimson, l'un des promoteurs américains du Tribunal militaire international et de l'article 6 du statut : « La charte du Tribunal reconnaît trois sortes de crimes (...) ; il y avait une quatrième accusation, celle du complot en vue de commettre l'un quelconque de ces crimes. Pour moi personnellement, cette quatrième accusation est la plus réaliste de toutes, car le crime nazi est en définitive indivisible. Chacune des innombrables transgressions était une partie intégrante de l'ensemble de la barbarie gigantesque... »<sup>3</sup>.

Quoi qu'il en soit, cette discrimination devait aboutir à un démembrement, à une déliquescence de la catégorie des crimes contre l'humanité, de façon contraire à l'esprit et à la lettre de l'article 6-c de la charte du TMI.

### *Sous-section II – La déliquescence de la catégorie des crimes contre l'humanité*

L'article 6-c de la charte du Tribunal entérinait, sous la qualification

---

<sup>3</sup> H.L. Stimson, *The Nuremberg Trial : Landmark in law, Foreign Affairs*, janvier 1947, p. 179. Voir H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 31. Par ailleurs, cette opinion paraît confirmer, *a posteriori*, notre analyse du « plan de domination nazie » tour à tour « crime contre la paix » et « plan criminel concerté ».

générique de « crimes contre l'humanité », une infraction *sui generis* autonome, indépendante des circonstances extrinsèques de temps ou de lieu, quelles que soient les formes qu'elle puisse revêtir et quelle que soit la nationalité des victimes : « Le crime contre l'humanité a été commis en temps de paix avant de l'être en temps de guerre ; et pas plus qu'un crime de droit commun ne saurait être « de jour » ou « de nuit », le crime contre l'humanité n'est ni de guerre ni de paix »<sup>4</sup>, a justement déclaré E. Aronéanu. De ces divers aspects, le Tribunal a cependant retiré autant de critères de distinction ; en outre, il a cru pouvoir déceler, en tenant compte de ces facteurs externes, étrangers à la nature de l'infraction, trois sous-catégories de crimes, chacune traitée de façon séparée dans le jugement.

La première comporte tous les forfaits ordonnés ou perpétrés par les dirigeants nazis, avant la guerre, contre leurs propres sujets : d'infractions internationales, ils deviennent simples crimes de droit commun, comme conséquence logique du refus du Tribunal d'en connaître. La seconde, pour sa part, devait connaître meilleure fortune. Elle regroupe en effet les seuls actes inhumains reconnus comme crimes contre l'humanité devant le for international, puis punis en tant que tels. Sensiblement identique à la première -les sujets actifs et passifs de l'infraction restent les mêmes-, elle n'en diffère que sur un point, essentiel cependant dans la mesure où il constitue le critère distinctif entre crimes de droit commun et crimes internationaux : il s'agit de l'époque de commission des infractions calquée, pour ce qui concerne ses limites dans le temps, sur la période des hostilités.

S'agissant enfin des atrocités de la troisième sous-catégorie, le Tribunal ne voit en elles ni crimes de droit commun, ni crimes contre l'humanité, quand bien même présenteraient-elles toutes les caractéristiques des crimes contre l'humanité perpétrés pendant le conflit : ce ne sont que des crimes de guerre dans l'unique mesure où les victimes sont des nationaux de pays occupés par suite d'une guerre d'agression, ou encore des ressortissants de nations non occupées -comme la Grande-Bretagne, les Etats-Unis-, guerroyant ensemble contre l'ennemi commun.

Notons cependant que le Tribunal, en procédant ainsi à ces opérations de « tri » à l'intérieur d'une même catégorie juridique, se borne à poursuivre et à parachever l'œuvre de disqualification déjà ébauchée par les membres du ministère public dans l'acte d'accusation. Dorénavant, l'article 6-c revêt la physionomie d'un puzzle complexe, encore que la tâche accomplie par les procureurs d'abord, puis par les juges ensuite n'ait pas consisté à le

---

<sup>4</sup> E. Aronéanu, « Les droits de l'homme et le crime contre l'humanité », in *Le crime contre l'humanité*, Dalloz, 1961, p. 21.

## Le jugement de Nuremberg, appréciation critique

reconstituer patiemment, loin s'en faut. Pour eux, il s'agit au contraire, en procédant par voie d'élimination, d'en extraire les pièces les plus nombreuses pour les placer dans des « cases », des catégories juridiques voisines, au besoin en en rognant peu ou prou les contours. Pour s'en convaincre, il suffit d'illustrer les principes posés par le TMI à l'aide de quelques exemples concrets.

Est ainsi un crime de droit commun la persécution, l'internement et l'assassinat, commis avant le 1<sup>er</sup> septembre 1939, d'un enfant juif de nationalité allemande. En revanche, le destin identique réservé à son frère, dès lors qu'il est scellé après cette même date, constitue un crime contre l'humanité tandis que son cousin français ou polonais, belge ou soviétique, exterminé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, sera l'innocente victime d'un crime de guerre. Selon la judicieuse remarque de J.C. Genton, « (...) il pourrait sembler que les actes du commandant d'un camp de concentration, donnant l'ordre de conduire à la chambre à gaz un Juif allemand et un Juif français, doivent relever de la même qualification »<sup>5</sup>.

Pour comprendre le sens des restrictions successivement apportées à la catégorie des crimes contre l'humanité, désormais réduite à la portion congrue -précisément celle qui ne peut entrer nulle part ailleurs-, il paraît essentiel d'en rechercher les causes à travers les motivations profondes du Tribunal.

### *Section II – A la recherche des motivations profondes du Tribunal*

De toutes les conséquences procédant des coupes claires pratiquées sur l'article 6-c lors de sa première application, la plus importante et la plus grave, à notre sens, a été l'exclusion des crimes perpétrés de 1933 à 1939 de la sphère d'intervention de la communauté internationale. Celle-ci fera donc l'unique objet des diverses explications proposées à l'appui de l'attitude restrictive du TMI.

#### *Sous-section I – Le principe de légalité des délits et des peines*

L'éviction des atrocités du temps de paix des charges pesant sur les grands criminels a été pleinement approuvée par le professeur Donnedieu de Vabres sur le fondement du principe de la légalité criminelle. Selon l'opinion du juge au TMI, « la connexité des faits avec certains crimes entrant dans la compétence du Tribunal ne suffit pas à justifier la répression de ces

---

<sup>5</sup> J.C. Genton, « Le Tribunal militaire international », Mémoire, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1947/1948, p. 489.

faits, lorsqu'ils n'impliquent pas la violation des lois en vigueur dans le pays où ils ont été perpétrés (...). Il faudrait, pour admettre le contraire, bannir des relations internationales l'esprit aussi bien que la lettre de la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege* »<sup>6</sup>.

La même explication a été retenue par un autre auteur, M. Blocq-Mascart, qui cependant -et contrairement, semble-t-il, au membre français de la formation de jugement- n'y trouve pas motif à satisfaction : « En tenant compte des accords préexistants et de leur esprit, il semble bien que le Tribunal de Nuremberg doive dissocier les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais qu'il ne puisse étendre la notion de crimes contre l'humanité punissables aux actes commis par les nazis à l'encontre de leurs propres nationaux sur leur propre territoire. En considérant qu'un gouvernement avait le droit de faire chez lui ce qu'il n'a pas le droit de faire chez les autres, on admet une sorte de *dumping* moral. Cette façon d'envisager une tolérance criminelle à l'intérieur d'un pays n'est certes pas satisfaisante pour la conscience. Elle paraît néanmoins la seule compatible avec les accords internationaux actuellement en vigueur »<sup>7</sup>.

Forte est la tentation de rapprocher ces réflexions de la pensée de C. Perelman pour lequel il existe un intransigeant dualisme qui oppose la réalité à la valeur, le droit à la morale, le droit positif au droit naturel, toute la question étant de savoir lequel, dans telle hypothèse, se doit de l'emporter.

La référence ainsi faite au droit positif par ces commentateurs n'épuise cependant pas toute la question, de même qu'elle n'apparaît pas totalement convaincante. Il suffit de citer, à cet égard, l'opinion du Tribunal lui-même à propos de sa charte : « Le droit, tel qu'il ressort du statut, est impératif et lie le Tribunal (...) Le statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le droit international en vigueur au moment de sa création ; il contribue, par cela même, au développement de ce droit (...) ». Voilà qui paraît peu compatible avec l'attitude extrêmement réservée de la haute juridiction à l'encontre des crimes contre l'humanité, pourtant définis à l'article 6-c comme une catégorie d'infractions distinctes, qu'elles aient été commises avant ou pendant la guerre et qu'elles aient constitué ou non une violation de la loi interne du pays de leur commission. Faut-il en conclure que l'opinion ainsi exprimée par le Tribunal à propos du statut -qui exprime, nous le savons, le droit international en

---

<sup>6</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.*, p. 525.

<sup>7</sup> M. Blocq-Mascart, « La loi internationale au Procès de Nuremberg », *Le Monde français*, septembre 1946, p. 36 (cité par M. Merle, *op. cit.*, p. 125).



## Le jugement de Nuremberg, appréciation critique

vigueur au moment de sa création- vaut uniquement pour les crimes contre la paix et pour les crimes de guerre, à l'exclusion des crimes contre l'humanité ? Il y a tout lieu de le croire, ce qui laisse non résolue la question qui nous préoccupe. Il convient peut-être alors de rechercher l'explication ailleurs, par exemple dans l'insuffisance des normes légales.

### *Sous-section II - L'insuffisance des normes légales*

Selon M. Marcel Merle, l'attitude du Tribunal à l'égard des crimes perpétrés avant l'ouverture du conflit serait fondée non sur l'absence, mais sur l'insuffisance des normes légales. Ainsi, « le droit pénal interne et les principes généraux du droit pénal tels qu'ils dérivent du droit pénal de toutes les nations civilisées », invoqués pour les crimes contre l'humanité par le quatrième chef d'accusation, seraient des indications trop vagues pour autoriser la qualification pénale de faits qui « débordent » le cadre des crimes de droit commun, aurait estimé le Tribunal. Quant aux dispositions contenues dans l'article 6-c, le refus de les appliquer serait justifié par le fait qu'elles « dépassent » les indications du droit positif, a considéré le même auteur.

Voisine de la première, cette explication pose une nouvelle fois l'éclairage sur l'aspect critiquable de l'interprétation du Tribunal, dans la mesure où elle méconnaît la règle de soumission du droit interne au droit international que la charte -qui lie impérativement les juges- « exprime au moment de sa création ». Aussi M. Merle a-t-il pu justement induire de sa réflexion la conclusion suivante : « Si l'on admet que les Etats sont soumis au droit international, ils doivent y être soumis dans leur activité interne comme dans leur conduite à l'égard des autres membres de la société internationale. Cette obligation est implicitement contenue dans la règle qui veut que les Etats conforment leurs législations internes aux prescriptions du droit international. La sanction, par un organe de la société internationale, des infractions commises par un Etat sur son propre territoire et à l'égard de ses nationaux est la conséquence extrême mais parfaitement logique de la primauté du droit international sur le droit interne »<sup>8</sup>.

### *Sous-section III – Les facteurs politiques*

A vrai dire, il semblerait que la préoccupation essentielle des juges, lors de l'examen du concept de crime contre l'humanité, ait été de ne point

---

<sup>8</sup> Voir Marcel Merle, *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, thèse, Paris, éditions Pedone, 1949, p. 124.

encourir le reproche d'immixtion de la communauté internationale -dont ils étaient les représentants- dans les affaires intérieures de l'un de ses membres (en l'occurrence l'Allemagne), aussi rebelle soit-il aux prescriptions édictées par elle. Par ailleurs, sanctionner le crime contre l'humanité sous son acception la plus large, correspondant à sa véritable nature et à son réel objet constituait une innovation trop lourde de conséquences. Si l'on songe qu'elle eût été de nature à établir -bien au-delà de l'hypothèse du châtement des criminels nazis- des normes *minima* pour la protection des individus en temps de guerre et en temps de paix, ces normes étant garanties par la menace de sanctions pénales internationales pesant sur les organes de l'Etat, on comprend aisément que le Tribunal ait refusé d'en assumer la responsabilité. « Tout commence en religion et tout finit en politique », pourrait-on déplorer avec Charles Péguy...

Fort de ces considérations, le Tribunal militaire international devait donc interpréter les dispositions de l'article 6-c animé, semble-t-il, par cette force puissante, prioritaire et régulatrice de l'histoire du droit de la guerre que constitue la politique internationale. Il en est résulté un effritement du crime contre l'humanité, ce concept édifié à grand-peine par les juristes alliés au cours et à l'issue de la seconde guerre mondiale.

Pourtant, châtier les criminels en raison des crimes perpétrés avant la guerre, principalement en Allemagne, eût été de nature à produire un effet profond, d'une portée considérable sur la loi et la morale internationales, a écrit P. Winkler dans un journal américain daté du 1<sup>er</sup> février 1945, donc avant même l'issue du conflit : « D'un point de vue purement pratique, poursuivre les dirigeants nazis pour les crimes qu'ils ont commis dans leur pays peut paraître superflu. Du point de vue des principes, il y a de forts arguments en faveur de ces poursuites... Il ne peut y avoir de doute que l'opinion publique dans le monde entier est soulevée d'indignation pour la façon dont l'Allemagne a traité ses propres Juifs aussi bien que pour ses attaques étrangères.

« C'est maintenant le moment de se rendre compte de la nécessité d'affirmer qu'il y a des limites au droit des gouvernements de persécuter leur propre population, affirmation qui se transmutera en un précédent légal clair dans les éprouvettes de la guerre, ce puissant catalyseur qui précipite tant de changements organiques dans les composés politiques »<sup>9</sup>.

Enfin, comment ne pas souscrire, en dernière analyse, au point de vue formulé par M. Monneray selon lequel « les crimes dont il s'agit, c'est-à-dire la persécution et la destruction de groupes raciaux, nationaux ou religieux...

---

<sup>9</sup> P. Winckler, *Washington Post* du 1<sup>er</sup> février 1945.

## Le jugement de Nuremberg, appréciation critique

par l'ampleur de leur conception et de leur exécution, mettent en cause les intérêts de la communauté internationale et mènent nécessairement à la guerre en l'absence d'une intervention préventive »<sup>10</sup>?

### *Section III - Le crime contre l'humanité, un crime contre la condition humaine*

A la qualification de « crime contre l'humanité » officiellement consacrée dans le statut du TMI, F. de Menthon a préféré la formule de « crime contre la condition humaine »<sup>11</sup> pour désigner ces forfaits qui dépassent l'imagination. Convenons avec lui qu'il s'agit là d'une création fort pertinente, qui restitue toute entière l'essence profonde et la nature réelle de l'infraction. En effet, l'incrimination des persécutions pour des motifs d'ordre religieux ou politique n'est pas destinée, croyons-nous, à protéger la liberté de culte ou encore la liberté d'opinion. Elle protège le droit à la vie, à l'intégrité corporelle et à la santé, enfin le droit à la liberté individuelle. Et elle protège ces biens contre toutes les atteintes qui y seraient portées de façon illégale ou arbitraire, à l'occasion ou sous le prétexte d'une opinion politique, d'une appartenance raciale ou d'une conviction religieuse manifestée, voire simplement présumée à travers la victime de l'infraction<sup>12</sup>.

A la lumière de cette analyse, on aperçoit combien l'incrimination est appelée à transcender les contingences pratiques pour protéger les droits fondamentaux et inaliénables de la personne humaine, quelle qu'elle soit et où qu'elle se trouve ; combien, encore, il peut être inique de limiter la catégorie des crimes contre l'humanité aux seules infractions commises pendant la guerre contre les nationaux d'un Etat sur ordre de leurs gouvernants. Ainsi pourtant en décida le Tribunal militaire international de Nuremberg, lors du jugement des grands criminels de guerre.

Toutefois et aussi timide fût-elle, eu égard à ce que laissait augurer l'article 6-c du statut, la reconnaissance du crime contre l'humanité en tant que concept de droit positif a été saluée par le professeur A. de la Pradelle comme une « révolution dans le droit pénal international » :

« Désormais, un principe est posé par quatre nations, à savoir que le gouvernement qui traite quelques-uns de ses ressortissants d'une manière

---

<sup>10</sup> M. Monneray, « L'appréciation des responsabilités individuelles par le Tribunal de Nuremberg », cité par M. Merle, *op. cit.*, p. 126.

<sup>11</sup> Voir H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.* p. 527, où l'auteur exprime son opinion sur le sens qu'il convient de donner à cette formule.

<sup>12</sup> Nous partageons, sur ce point, la conviction de H. Meyrowitz.

contraire aux droits essentiels de l'homme relève, non pas d'une guerre d'intervention pour raison d'humanité mais d'une procédure judiciaire. Avec ce trait c'est le dernier privilège de la souveraineté –maîtrise chez soi, sur les siens- qui tombe. Du coup, c'est la limitation du droit par la politique qui disparaît (...).

« A la formule que la politique échappe au droit se substitue cette autre : « tout droit est une discipline de vie. Tout ce qui est de la vie relève du droit ». La répression du crime contre l'humanité, bien qu'apparue dans la répression des crimes de guerre, dépasse ainsi de beaucoup le milieu dans lequel ces crimes, qui sont de paix aussi bien que de guerre, se commettent »<sup>13</sup>.

Il convient toutefois de ne point apprécier la portée de cette « révolution » de façon exagérément optimiste. A vrai dire, le jugement de Nuremberg n'a réalisé qu'un compromis entre le principe traditionnel selon lequel il appartient à l'Etat de décider du sort de ses propres sujets, et le principe novateur qui s'efforce d'assurer le minimum de droits fondamentaux à tous les êtres humains par l'affirmation que « le traitement inhumain des individus est un crime, même s'il est toléré, encouragé, voire pratiqué par l'Etat dont les victimes sont les ressortissants », ce principe qui décide enfin qu'un tel crime doit être sanctionné sur le plan international<sup>14</sup>. Quoi qu'il en soit et par ce dernier effet, le jugement de Nuremberg a permis à l'histoire du droit international d'atteindre « un moment d'une importance extrême ». N'étaient-ce pas les échos de la doctrine de Grotius qui résonnaient dans l'enceinte du prétoire lorsque le Tribunal posait en principe que le droit international, de même que le droit interne, se rapporte à l'individu ? La communauté internationale, dès lors, n'est plus regardée comme une réunion d'Etats, mais comme une entité d'individus regroupés en nations ; peu importe leur nationalité, il suffit qu'ils soient des hommes.

Le Tribunal, en dépit de ses scrupules, a fait application des idées de droit naturel et du principe de la compétence universelle. Il en est résulté la « preuve éloquente (...) que la source de l'idée qui forme l'essence du droit, de l'idée de la justice est le droit naturel, c'est-à-dire le droit qui consiste dans les vérités éternelles, morales, qui sont nées avec l'homme, que chacun de nous a dans la conscience, et qui sont immuables (...) », observait S. Glaser avant de conclure de la façon suivante : « Toutes les fois que l'on a cherché

---

<sup>13</sup> A. de la Pradelle, « Une révolution dans le droit pénal international », introduction à l'élude de E. Aronéanu sur « Le crime contre l'humanité », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1946, p. 366 et 367.

<sup>14</sup> Voir J. Graven, « Le crime contre l'humanité », *op. cit.*, p. 472.

## Le jugement de Nuremberg, appréciation critique

des principes fondamentaux de conduite pour les imposer aux Etats et aux individus comme une idée maîtresse dans les relations internationales et les rapports mutuels, on n'a rien trouvé de mieux, de plus sûr que de se référer à ces idées morales qui forment le fondement du droit naturel »<sup>15</sup>.

Règles morales, droit positif, droit naturel ? Voilà autant de facteurs amalgamés tous ensemble qui ont produit, de l'avis unanime exprimé de surcroît avec tant de ferveur qu'il paraît difficile de n'y point souscrire, une œuvre profonde de Justice.

---

<sup>15</sup> S. Glaser, « La Charte du Tribunal de Nuremberg et les nouveaux principes du droit international », *Revue pénale suisse*, 1948, p. 37.



### Chapitre III

#### Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

« Nécessité a force de loi »... Telle est la conclusion qui paraît découler de la lente et difficile genèse des règles juridiques relatives au crime contre l'humanité et, plus généralement -les deux étant, historiquement, étroitement liées-, de l'évolution contemporaine du droit de la guerre.

La seconde guerre mondiale, comme la première, est survenue sans que la société internationale ne dispose de textes propres à assurer la répression des actes délictueux dont elle devait être la conséquence, la cause ou l'occasion. Aux crimes de guerre et aux crimes contre la paix ne pouvaient répondre que des normes juridiques incomplètes ; aux crimes contre l'humanité, un *vide juridique*<sup>1</sup>. Était-il possible, était-il simplement concevable que ces crimes, parmi les plus atroces, demeurent impunis, faute de base légale ? Selon F. Biddle, la véritable question qui se posait en 1945 n'était pas de savoir s'il était légal, mais s'il était juste de procéder au châtiment, par la voie judiciaire, de ceux que la société internationale désignait comme les coupables<sup>2</sup>. Ainsi formulée, la question ne pouvait recevoir qu'une seule réponse, exprimée par le Tribunal militaire international de la façon suivante :

« La conscience du monde, loin d'être offensée [si l'agresseur, le criminel était puni] serait choquée s'il ne l'était point »<sup>3</sup>.

Cependant nécessité, conscience collective et notion de justice constituent généralement des facteurs extra juridiques de la règle de droit ; selon Cavigliari, « ce sont là des éléments du sous-sol qui ne prennent d'importance au point de vue juridique que lorsqu'ils font irruption à la surface », c'est-à-dire lorsqu'ils sont l'objet d'un accord de volonté entre Etats<sup>4</sup>. Dans le même ordre d'idées, Jean-Jacques Rousseau ne professait-il

---

<sup>1</sup> Du moins si on l'entend en termes de dispositions écrites.

<sup>2</sup> F. Biddle, « Le procès de Nuremberg », *Revue Internationale de droit pénal*, 1948, p. 9. L'auteur a été l'un des promoteurs de l'accord de Londres, et juge américain au TMI de Nuremberg.

<sup>3</sup> Jugement, *op. cit.*, p. 58.

<sup>4</sup> Cité par C. Rousseau, *Droit international public*, 10<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz, 1984, p. 18.

pas que « toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source », pour ajouter aussitôt que « si nous savions la recevoir d'aussi haut, nous n'aurions besoin ni de gouvernements, ni de lois », et pour conclure qu'« il faut donc des conventions et des lois (...) »<sup>5</sup> ?

Que ces facteurs extra juridiques aient été confirmés, concrétisés dans une loi (le statut du 8 août 1945), elle-même issue d'un accord de volonté entre Etats (l'accord de Londres), voilà qui n'est guère contestable. Néanmoins, cette loi était affectée d'une faiblesse, celle d'avoir été promulguée spécialement pour les besoins de la cause -tout autant, d'ailleurs, qu'avait été instituée la juridiction chargée de l'appliquer-, et aussi d'un vice rédhibitoire, a-t-on dit, celui d'avoir porté des incriminations formulées *ex post facto*, après les faits qu'elles avaient pour objet de réprimer.

« Là-bas », objectait un magistrat à J. Graven en évoquant le procès de Nuremberg, « les juges, les accusateurs sont les ennemis mortels des accusés. Ils agissent -sans loi ni compétence- par un acte arbitraire qui met à leur merci ceux qu'ils ont traînés à leur barre. Ils statuent, somme toute, dans leur propre cause, ce qui est une hérésie juridique. L'organisation à laquelle ils n'ont pas craint d'apporter leur concours est celle de la vengeance, de la force brutale. Elle n'est qu'un trompe-l'œil, une parodie judiciaire. Avec ce système, après une guerre, le vainqueur sera toujours le juge, et le vaincu, l'accusé ; la justice est subordonnée au sort des armes et aux passions de la lutte. Il n'est pas question de reprocher leur victoire aux vainqueurs, ils ont défendu ce qu'ils considéraient comme leur intérêt national, ils ont cédé à leur volonté de puissance, loi de tous les grands peuples ; ce qui est contestable, c'est qu'ils tentent de faire croire au monde qu'ils ont lutté et luttent pour le droit ; c'est en réalité la lutte pour l'hégémonie qu'ils poursuivent sous le manteau auguste de la justice »<sup>6</sup>.

Ces diverses critiques ont alors soulevé en doctrine une question aux termes exactement inversés, par référence à celle qui avait été résolue, à l'issue du conflit, par le procès de Nuremberg : œuvres de Justice, les solutions répressives de la seconde guerre mondiale étaient-elles aussi œuvres de droit ? Passionnément discuté dans les milieux les plus informés, le problème donna naissance à une littérature abondante de laquelle participèrent les opinions les plus diverses ; tandis que d'aucuns concluaient à la légitimité absolue des incriminations et des sanctions, leurs adversaires, à l'opposé, déniaient toute valeur juridique aux secondes, compte tenu de

---

<sup>5</sup> *Du contrat social*, Union générale d'édition, 1973, p. 96-97.

<sup>6</sup> J. Graven, « De la justice internationale à la paix », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1946, p. 203.



## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

l'« illégalité » des premières quand ils ne contestaient pas, par-delà celles-ci, les compétences législative et judiciaire détournées puis exercées, sans droit selon eux, par les quatre puissances victorieuses.

Cette absence évidente de cohésion susceptible de désorienter non seulement le profane, mais encore le technicien du droit, présente du moins l'avantage d'attirer l'attention sur l'importance qu'il convient d'accorder à deux questions sous-jacentes, différemment résolues eu égard à la divergence, voire la concurrence des postulats de départ retenus à l'appui de chacune des théories en présence : il s'agit de la détermination du droit applicable en l'espèce, et de la mise en application de ce droit.

### *Section I – Le droit pénal de la société internationale : un droit à la fois pénal et international*

Le droit pénal international, en tant que discipline juridique, apparaît comme le produit de la convergence de deux importantes branches du droit : le droit international public et le droit pénal. L'exposé liminaire de ce postulat présente d'emblée l'avantage d'expliquer pour partie le désordre doctrinal relatif à la question de la légalité du droit de Nuremberg. Ainsi atteint de dichotomie dans ses composantes et, par là même, dans ses principes de base, le droit pénal de la société internationale peut faire l'objet de deux approches différentes, dès l'instant où l'un de ses éléments est seul considéré au préjudice de l'autre<sup>7</sup>.

Selon que l'on aura opté pour tel ou tel autre système, les conclusions proposées, l'argumentation même sur laquelle elles s'appuient seront variables, comme en témoignent les exemples suivants : selon M. Jimenez de Asua, le statut du 8 août 1945 et le jugement de Nuremberg relèveraient du droit pénal<sup>8</sup> et devraient être appréciés selon les critères de ce droit ; or à ces critères, à savoir le principe de légalité des délits et des peines et celui de la non-rétroactivité de la loi pénale, ils ne satisfont pas.

J.Y. Dautricourt renforcera l'idée à l'aide d'arguments susceptibles d'écarter, du droit de Nuremberg, le droit international public : « N'est-ce pas une gageure que de prétendre condamner des criminels par application d'une branche du droit qui ne connaît que des Etats, qui ne définit pas d'infractions et ne prononce pas de peines, qui, pis encore, couvre les accusés en leur attribuant le bénéfice de la compétence de guerre et de la

---

<sup>7</sup> Une autre méthode consiste à privilégier l'un des éléments du droit pénal international par rapport à l'autre ; nous l'illustrerons dans un paragraphe ultérieur.

<sup>8</sup> Puisque quand il faut juger des individus accusés de crimes, il s'agit toujours de droit pénal.

doctrine de l'acte d'Etat ? (...). C'est le droit criminel, la nécessité impérieuse de punir qui a fait sauter ces deux verrous et non pas le droit international qui n'a cessé de les maintenir »<sup>9</sup>.

Cette opposition surprenante du droit pénal et du droit international au sein d'une même discipline a été critiquée notamment par C. Lombois de la façon suivante : « La distinction du droit pénal et d'autres branches du droit, distinction didactique, doit être faite à l'intérieur d'un système juridique donné (interne ou international) mais ne permet pas d'opposer cette partie au tout d'un autre système. Le droit pénal n'est pas le droit d'une société particulière, mais une partie particulière du droit d'une société »<sup>10</sup>. La société, dans le contexte qui nous intéresse, étant la société internationale, il faut donc admettre qu'il puisse exister des normes à la fois pénales et internationales génératrices, dans leur ensemble, d'un ordre juridique de même nature, autrement dit un ordre international pénal.

Il reste à définir cet ordre et à en exposer les sources diverses, par-delà les normes, produites par elles, qui en délimitent les contours (sous-section I). Le particularisme de la légalité internationale fera l'objet d'une analyse ultérieure (sous-section II).

#### *Sous-section I - L'ordre juridique international pénal*

Rigueur et précision constituent autant de facteurs nécessaires lorsqu'il s'agit de circonscrire et de définir le contenu d'un ordre juridique quel qu'il soit. Néanmoins la tâche, pour ce qui concerne l'ordre international pénal, se révèle d'emblée particulièrement ardue, eu égard à la fluctuance et à l'élasticité des terminologies utilisées par la littérature juridique. La formule « droit pénal international » recèle en effet de nombreuses ambivalences, en ce qu'elle est faite de distinctions et de sous-distinctions investies d'acceptions parfois voisines, mais néanmoins divergentes. Il n'est donc pas indifférent d'éclaircir le vocabulaire et de préciser les notions qui y cohabitent, ne serait-ce que pour extraire, de la matière, tout ce qui n'intéresse pas directement notre propos.

---

<sup>9</sup> J.Y. Dautricourt, « La justice criminelle universelle aux Nations unies », *Revue internationale de droit pénal*, 1964, p. 274. S'il ne conclut pas à la « légalité » absolue du droit de Nuremberg, cet auteur, pourtant, le légitime entièrement sur le fondement de certains facteurs extra-juridiques. Nous y reviendrons dans une section ultérieure.

<sup>10</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. 73.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

### A – Une définition du droit pénal international

A la formule « droit pénal international » correspondent certainement les aspects pénaux de la législation internationale, ceux que nous décrivions, par un raccourci de la démonstration, comme un corps de règles atteint de dichotomie dans ses composantes de base (le droit international public et le droit pénal). Toutefois, cette même formule est également utilisée en doctrine pour désigner les aspects internationaux de la législation pénale interne, autrement dit les règles (internes) relatives aux situations pénales affectées d'un élément d'extranéité : il peut s'agir tout aussi bien de la nationalité de la victime ou du délinquant que du lieu de commission de l'infraction, de la juridiction territorialement compétente, etc. Or il apparaît clairement qu'en ce dernier domaine, le droit international public n'a que faire. Le « droit pénal international » est donc une discipline dualiste au sein de laquelle coexistent deux branches spécifiques qui, pour n'être pas sans rapports entre elles, n'en sont pas moins distinctes l'une de l'autre, chacune évoluant séparément dans une sphère qui lui est propre. La dénomination qu'elles se partagent postule néanmoins un exposé comparatif de leurs contenus respectifs.

1°) Distinction, par leur contenu, des deux branches du droit pénal international

a) Les aspects internationaux de la législation pénale interne : le droit pénal international

Pris en cette première conception, le droit pénal international est la norme juridique « issue de la pratique des Etats, le produit de leurs efforts de coopération internationale dans l'intérêt même du droit pénal national. (...). Cela concerne essentiellement les relations entre Etats pour ce qui est des individus recherchés pour crimes contre l'ordre juridique interne des Etats, à l'opposé des crimes contre l'ordre juridique international. Cet aspect du droit pénal international dépend donc principalement de la nature de la coopération interétatique et, en conséquence, il est davantage procédural que positif »<sup>11</sup>. Une seconde définition, plus explicite, a été formulée par H. Donnedieu de Vabres, qui appréhende cette branche du droit comme « la science qui détermine la compétence des juridictions pénales de l'Etat vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles -lois de fond et lois de forme- par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles

---

<sup>11</sup> C. Bassiouni, « Projet de Code Pénal international », *Revue internationale de droit pénal*, 1981, vol. 52, p. 43.

régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers »<sup>12</sup>.

Bien qu'elles ne se recouvrent pas entièrement, ces deux opinions ne sont pas exclusives l'une de l'autre ; il semblerait au contraire qu'elles puissent se compléter, le droit pénal international, ainsi compris comme l'application internationale du droit pénal interne étant appelé à régir, et les règlements de conflits de lois et de juridictions pénales dans l'espace, et les questions de collaboration pénale entre Etats. Due à MM. Merle et Vitu<sup>13</sup>, cette synthèse présente le mérite, à travers ses diverses propositions, d'attirer l'attention sur les caractéristiques fondamentales de cette branche du droit, à savoir sa nature interne, son aspect procédural et surtout le dénominateur commun aux deux séries de problèmes qu'elle inclut : l'élément d'extranéité.

Strictement entendu, le droit pénal interne a vocation exclusive à s'appliquer dès l'instant où tous les éléments de la situation pénale ressortissent à la même souveraineté. Mais que l'un seulement de ces éléments participe d'une souveraineté étrangère<sup>14</sup> et c'est alors que peuvent surgir des conflits de lois, chaque législation pénale en cause ayant vocation non plus exclusive, mais concurrente à recevoir application. Aussi est-il apparu indispensable de définir les limites de la compétence législative et judiciaire à l'intérieur de chaque ordre national, aux fins de favoriser le dénouement des situations pénales singularisées par la présence d'un quelconque élément d'extranéité. La loi criminelle doit-elle s'appliquer à tous les actes délictueux commis sur le territoire national, quelles que soient les nationalités individuelles qui y sont impliquées ? Peut-elle s'étendre aux délits commis à l'étranger par des nationaux ou contre des nationaux en territoire étranger ? Autrement dit, quels sont les cas d'applicabilité ou de non applicabilité du droit pénal commun ?

La réponse à cette dernière question, incluant toutes les autres est formulée, au sein de chaque législation, par le droit pénal international ; mais là ne s'arrête pas sa mission. Dans le cadre de la collaboration pénale entre Etats, il se peut, en effet, qu'il exprime des règles originales directement applicables aux cas qui lui sont soumis, l'exemple le plus caractéristique et le plus ancien à cet égard étant celui de l'extradition.

b) Les aspects pénaux de la législation internationale : le droit pénal

---

<sup>12</sup> Cette définition est reproduite par J.Y. Dautricourt, « Le droit pénal dans l'ordre public universel », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1948, p. 483.

<sup>13</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 343, n° 259.

<sup>14</sup> Qu'il s'agisse de la nationalité de l'un des protagonistes, voire du lieu d'arrestation du délinquant.

international

Appréhendé en sa seconde branche, le « droit pénal international » a donné matière à diverses définitions d'inégale valeur, croyons-nous, bien qu'elles présentent certains points communs de la concordance desquels peut se déduire la caractéristique essentielle de cette branche du droit : les règles qu'elle contient sont de nature internationale, en ce sens qu'elles sont formulées par la société internationale dans le but de préserver l'ordre public établi par cette société.

Sans doute n'est-il pas inexact de décrire la discipline comme « l'ensemble des lois qui défendent l'ordre public universel, par la définition et la répression des infractions à cet ordre »<sup>15</sup> ; néanmoins, cette formulation est critiquable car elle renferme une double ambiguïté. Techniquement parlant, elle paraît tout d'abord impliquer que les règles relatives à la répression des infractions internationales sont inéluctablement de même nature (internationale) que les normes incriminant les actes prohibés. Bien mieux, on pourrait même en induire que normes de comportement (les incriminations) et normes de répression (les sanctions) sont simultanément exprimées dans un, voire deux textes de lois, l'un venant compléter l'autre selon l'usage établi en droit pénal interne. Or pour ce qui est des sanctions, le droit pénal international n'en contient aucune ; et c'est à peine s'il est permis de parler d'agissements réellement criminels avant le Droit de Nuremberg, du moins si on en recherche l'expression dans l'écrit.

Quant à la seconde définition proposée, elle prend parti sur les sources du droit pénal international, au risque d'en oublier, tout en restant muette sur la répression des infractions. Cette branche du droit consisterait en « l'institution, par coutume et par convention, d'un ordre international qui incrimine un certain type de conduite indépendamment du fait qu'une telle conduite soit ou non incriminée par le droit interne », précise son auteur<sup>16</sup>.

Aucune de ces réserves diverses, en revanche, ne paraît devoir affecter la proposition de C. Lombois dans la mesure où elle n'en dit ni trop, ni pas assez : « Le droit pénal international comprend les règles internationales imposant un comportement et dont la violation est sanctionnée d'une peine ». Toutefois, ces règles ne sont pas toutes identiques ; encore convient-il de distinguer entre « les règles internationales par nécessité, parce qu'ayant en vue la défense de la société internationale elle-même, elles ne peuvent être édictées que par cette société », et « les règles internationales par accident, parce que les besoins spécifiques de la répression d'une

---

<sup>15</sup> J.Y. Dautricourt, *op. cit.*, p. 484.

<sup>16</sup> C. Bassiouni, *op. cit.*, p. 46.

infraction particulière ont conduit à l'élaboration d'une norme répressive internationale »<sup>17</sup>.

Les infractions issues de la première catégorie sont les « infractions internationales par nature », que l'on pourrait définir soit comme les agissements qui menacent directement l'existence de la société internationale, soit comme les comportements antisociaux et illicites qui se manifestent dans le cadre des rapports entre Etats, sur le plan du droit international public. C'est à leur propos que la doctrine utilise volontiers la dénomination générique de « délits de droit des gens ».

Quant à la seconde catégorie, elle renferme les délits qui, sans porter atteinte aux fondements de la société internationale, blessent du moins les intérêts partagés par les membres qui la composent et qui les ont, chacun pour sa part, protégés par leurs propres législations. Il s'agit donc, à l'origine, d'infractions banales de droit interne internationalisées, de façon artificielle, par leur élément légal, autrement dit leur « mode d'incrimination ». Ces intérêts que les Etats possèdent en commun apparaissent en effet solidairement menacés par une criminalité qui ne cesse de croître, de s'étendre et de repousser ses limites par-delà les frontières. Aussi et plutôt que d'en laisser la répression aux systèmes, parfois divergents, établis par les lois pénales internes, la société internationale décide-t-elle de prendre en charge la défense d'intérêts qui, désormais, deviennent les siens propres, par voie de traités ou de conventions. Dans ce contexte, rares sont les infractions qui ne puissent devenir, sous la pression des besoins, internationales par leur seul mode d'incrimination. Le moins que l'on puisse en dire, cependant, est qu'elles ne sont pas de même « calibre juridique » que les infractions internationales par nature, eu égard à leur constitution originelle et à l'objet qu'elles renferment. Autant vaut les exclure, par voie de conséquence, du champ limité de notre analyse.

Les deux branches du droit pénal international évoluent donc en des zones très différentes. Mieux encore, un agissement criminel sur le plan du droit pénal interne, par suite, du droit pénal international si la situation comporte un élément d'extranéité pourra ne pas l'être sur le terrain du droit pénal international « par nature », dirons-nous pour l'instant : c'est ainsi que les lois et les coutumes de la guerre peuvent justifier, voire légitimer certains comportements universellement incriminés et punis, comme l'homicide ou l'incendie volontaires. Compte tenu de ces divergences, il est apparu hautement contestable que les deux matières se partagent la même dénomination ; aussi de nombreux auteurs ont-ils été conduits à rechercher,

---

<sup>17</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. II.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

pour chacune d'elles, une terminologie particulière, révélatrice, dans la mesure du possible, de leur contenu spécifique.

2°) Distinction, par leur dénomination, des deux branches du droit pénal international<sup>18</sup>

Selon une première opinion largement répandue en doctrine, la formule « droit pénal international », comprise en un sens étroit, devrait être réservée aux problèmes internationaux soulevés par les infractions assorties d'un élément d'extranéité mais dirigées seulement contre l'ordre interne de l'Etat. A ce « droit pénal international » est alors opposé le « droit international pénal » (c'est-à-dire la norme régissant les délits susceptibles de troubler l'ordre public international), la place de l'adjectif marquant que le caractère international tient à l'objet de la règle dans le premier cas, à sa nature dans le second.

Approuvée par les uns au regard de la symétrie qu'elle réalise avec la distinction traditionnelle du droit international privé et du droit international public, cette opposition a été critiquée par d'autres, dans la mesure où elle attache trop d'importance à la position d'un mot à l'intérieur d'une formule presque identique. Cependant, la dénomination de « droit pénal international », pour désigner la branche « interne » de la discipline, est apparue satisfaisante à de nombreux auteurs ; ils l'ont donc maintenue sous cette acception particulière, leur réflexion, dès lors, ne se limitant plus qu'à rechercher une terminologie adéquate pour sa branche internationale. C'est ainsi qu'ont été successivement proposées les normes du « droit pénal universel », le dernier mot tendant à démontrer que les règles juridiques à y inclure sont au-dessus des lois nationales<sup>19</sup>; le « droit pénal interétatique », le « droit pénal supra-national »<sup>20</sup>, le « droit pénal des nations », cette dernière formule étant généralement critiquée pour créer une certaine confusion avec le droit pénal interne.

D'aucuns, enfin, ont estimé nécessaire de requalifier les deux branches du droit, les terminologies utilisées ou proposées ne convenant vraisemblablement ni à l'une, ni à l'autre. Nous citerons, à titre d'exemple, le « droit pénal international privé » que M. Bustamante Y Sirven oppose au « droit pénal international public ». Toutefois, c'est encore à C. Lombois que

---

<sup>18</sup> Voir R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 345.

<sup>19</sup> J.Y. Dautricourt, *op. cit.*, p. 483.

<sup>20</sup> La première expression est due à H. Donnedieu de Vabres ; elle a été retenue, à titre subsidiaire, par l'auteur de la seconde, V. Pella. Sur les réserves à formuler à l'égard de ces terminologies, voir C. Lombois, *op. cit.*, p. 13-14.

revient le mérite des expressions, fort bien pensées, de « droit des infractions internationales » et « droit pénal extranational », chacune désignant l'aspect particulier d'un tout qui conserve, dans ses écrits, la qualification générique de « droit pénal international ». De la seconde (droit pénal extranational), le terme « international » est volontairement exclu car il est inexact, visant les situations de droit pénal interne comportant un élément d'extranéité. « La caractéristique, explique l'auteur, c'est que la norme est de droit interne mais que la situation sort, par quelque élément, de la sphère répressive interne ». Quant à la première, elle est destinée, d'une part, à mettre en évidence le caractère international de la norme, d'autre part, à rendre un hommage -qui n'est pas superflu- au principe de légalité en rappelant « qu'il n'y a infraction internationale qu'autant qu'une norme internationale la définit »<sup>21</sup>.

Si le simple exposé du contexte en lequel évolue le « droit pénal extranational » ou encore le « droit pénal international », la formule étant utilisée ici en son sens étroit, suffit à l'exclure du champ de notre étude, il en va tout autrement du « droit des infractions internationales » dont il s'agit, désormais, de découvrir la filiation en en précisant les origines : cette recherche liminaire paraît utile à la compréhension du contenu des « normes internationales ».

#### B – Les sources du droit pénal international

L'expression même de « sources du droit » est ambiguë, dans la mesure où elle peut être appréhendée sous deux acceptions différentes. Du point de vue de la technique juridique, il s'agit des modes divers d'élaboration de la règle de droit. Mais la formule recèle une signification plus large puisqu'elle désigne encore, de façon générale, toutes les idées susceptibles d'exercer une quelconque influence sur les organes créateurs de droit : seraient ainsi « sources de droit » les principes de la morale, de la justice, de la politique ou certaines doctrines philosophiques et juridiques.

Nous avons déjà évoqué ces facteurs extra juridiques -ce « non-droit »- pour les considérer, *a priori*, comme quantité négligeable : sans doute expliquent-ils beaucoup, sans justifier vraiment. Pourtant, ils sont très souvent cités dans la doctrine du droit international, non en tant que normes juridiques mais comme fondements profonds ou raisons de validité des normes qui peuvent revendiquer cette qualité<sup>22</sup>. Il paraît dès lors difficile, compte tenu de l'effectivité de ces données, d'en faire totalement abstraction,

---

<sup>21</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. 14.

<sup>22</sup> A l'exception de l'un d'entre eux toutefois : c'est l'équité, visée dans l'alinéa final de l'article 38 du statut de la C.I.J. sous l'expression latine *ex aequo et bono*.



## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

ce qui nous permettra de comprendre le caractère subsidiaire attaché à certaines sources de droit, de même que la théorie dite de la « plénitude de l'ordre juridique international »<sup>23</sup>.

Les sources du droit international public -partant, du droit international pénal qui en constitue l'une des expressions- ont été précisées dans un texte de droit positif, l'article 38 du statut de la Cour permanente de justice internationale du 16 décembre 1920, dont les dispositions ont été reprises à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (C.I.J.), incorporé à la charte des Nations unies du 26 juin 1945 :

« La Cour applique :

I - Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige.

II - La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale reconnue comme étant de droit.

III - Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

IV - (...) Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les Parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

### 1°) La source conventionnelle : le traité

Le traité peut être défini comme un accord conclu par écrit entre deux ou plusieurs Etats, régi par le droit international et destiné à produire certains effets de droit. De façon générale, il crée des normes imposant des devoirs et conférant des droits aux parties contractantes, à propos des comportements réciproques sur lesquels elles se sont entendues ; aussi ne porte-t-il des règles obligatoires que pour les Etats signataires.

En ce domaine, la polémique principale s'articule autour de la justification du principe, reconnu par la pratique internationale, de la force obligatoire des traités. Bien qu'il ne s'agisse, selon C. Rousseau, que de données extérieures au droit positif qui, par là même, « échappent aux investigations purement juridiques »<sup>24</sup>, il convient de citer, précisément parce qu'elles sont très souvent sollicitées à ce propos, les théories qui font appel à des notions aussi variées que la morale, le droit objectif, les nécessités de la vie politique ou les exigences des échanges internationaux. Cependant, la discussion relative au fondement de la validité du traité, partant, celui de sa force obligatoire s'est ramenée, pour l'essentiel, à une

---

<sup>23</sup> Nous examinerons cette théorie dans le C suivant.

<sup>24</sup> C. Rousseau, *Droit international public*, Précis Dalloz, 1984, p. 54.

alternative tranchée. Tandis que les uns invoquent, à ce titre, la volonté des parties contractantes -c'est-à-dire la volonté collective des Etats-, les autres, à l'opposé, décèlent cette justification dans une règle de droit préexistante et coutumière, généralement exprimée par l'adage *pacta sunt servanda*. Voilà qui soulève la question des rapports du traité et de la coutume : nous l'examinerons plus loin, après avoir examiné les caractéristiques principales de la règle coutumière.

## 2°) La coutume

En tant que source spontanée du droit international, la coutume participe d'un particularisme certain tenant d'une part à ses éléments constitutifs, d'autre part aux divers fondements que l'on a cru pouvoir lui assigner.

### a) Les éléments constitutifs de la coutume

La norme coutumière apparaît comme le produit de deux séries d'éléments qui, réunis dans un même acte, constituent le précédent, générateur d'une coutume elle-même créatrice de droit. Un comportement usuel, une pratique établie et suivie depuis longtemps par les Etats, l'usage - à condition qu'il soit général dans l'espace et continu dans le temps- n'en font cependant que l'élément matériel dépourvu de toute conséquence juridique s'il n'est confirmé par un élément psychologique, parfois désigné par la formule *opinio juris* : les Etats doivent être déterminés par la conviction, en agissant ou en s'abstenant d'une certaine manière, qu'ils exécutent une obligation ou qu'ils exercent un droit<sup>25</sup>. A défaut, la conduite habituellement suivie par les Etats n'établirait qu'un simple usage, qu'une simple règle de courtoisie internationale généralement respectée, mais non obligatoire.

### b) Le fondement de la norme coutumière

Nous nous limiterons ici à l'exposé des deux grandes tendances auxquelles ont souscrit la plupart des internationalistes : la première fait reposer la coutume sur l'accord tacite des Etats tandis que la seconde, lui déniait toute valeur créative, l'appréhende simplement comme un mode déclaratif de normes juridiques.

#### 1. L'accord tacite des Etats

La coutume a d'abord été envisagée, à la suite de Grotius, comme le

---

<sup>25</sup> Pour reprendre les termes de l'article 38 du statut de la C.I.J., la coutume est la preuve d'une « pratique générale reconnue comme étant de droit ».

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

produit de l'assentiment présumé et tacite des Etats. Ultérieurement reprise par les positivistes allemands et italiens, cette explication volontariste a pourtant été contredite par le droit international positif. De première part, elle est impuissante à expliquer l'extension des règles coutumières aux Etats nouvellement créés. Par définition, ils n'ont pu donner leur consentement à l'élaboration d'une norme qui s'est affirmée, en dehors de leur concours, comme une norme de droit : or cette norme leur est applicable, tout autant qu'elle l'est déjà aux Etats plus anciens qui n'auraient jamais voulu l'accepter et qui protesteraient contre elle. Par ailleurs, l'explication fondée sur l'accord tacite des Etats méconnaît le caractère essentiellement évolutif et la souplesse du droit international coutumier, en lui conférant un aspect statique et une rigidité qui lui sont totalement étrangers. Surtout, son exclusion comme fondement de la coutume est commandée par le concept de *jus cogens*, défini comme « une norme impérative du droit international général, reconnue par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »<sup>26</sup>.

Autrement dit, le *jus cogens* comprendrait celles des règles coutumières dont le caractère absolu dérive précisément du fait qu'elles font l'objet d'une conviction particulière en ce qui concerne ce caractère absolu<sup>27</sup>; ce qui suffit, dès lors, à démontrer l'impuissance et l'inefficacité de l'accord tacite des Etats à leur endroit.

### 2. La coutume, mode de constatation de la règle de droit

Certains auteurs ont avancé l'idée que la coutume ne saurait créer de normes juridiques, son rôle étant limité à administrer la preuve de leur existence : elle constituerait ainsi un mode non pas créateur, mais simplement déclaratif de la règle de droit. Cette idée paraît avoir exercé une certaine influence sur la rédaction de l'article 38 précité<sup>28</sup>, la coutume y étant définie comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ». Elle agite cependant la question de la détermination des sources de ces règles objectives, extérieures et supérieures aux volontés étatiques, dont la coutume ne ferait que la simple expression.

Selon la doctrine de l'école historique, très influente en Allemagne au

---

<sup>26</sup> Convention de Vienne du 23 mai 1969, art. 53.

<sup>27</sup> P. Reuter, *Droit international public*, Themis, PUF, 1983, p. 56.

<sup>28</sup> Art. 38 § 2 du statut de la Cour internationale de justice (C.I.J.), incorporé à la charte des Nations unies du 26 juin 1945.

cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le droit serait créé par l'esprit populaire, la conscience juridique collective. C'est à peu près la même idée que défendent les partisans de la théorie sociologique, davantage prisée par les auteurs français : le véritable droit, c'est-à-dire le « droit objectif » serait produit par la solidarité sociale, les exigences de la vie en commun. Néanmoins, les uns et les autres se rejoignent pour décider que tout fait ou tout acte (la coutume, la législation) qui paraît créer une norme juridique positive n'homologue, en réalité, qu'un simple constat, celui de l'existence de cette norme juridique antérieurement produite par l'esprit populaire dans le premier cas, par la solidarité sociale dans le second.

Ces doctrines ont cependant été critiquées par H. Kelsen, qui leur reproche de reposer sur des facteurs dont l'existence ne peut être scientifiquement établie. L'auteur les définit comme « des hypothèses métaphysiques dont le but est de présenter des postulats moraux ou politiques, fondés sur des jugements de valeur subjectifs, comme des principes objectivement valables » ; et il poursuit son analyse en établissant un parallèle entre les théories objectivistes et la doctrine du droit naturel dont les règles, précise-t-il, ne sont que « maximes variant selon les convictions morales ou politiques de leurs auteurs »<sup>29</sup>.

Les réserves manifestées par Kelsen à l'encontre du droit naturel<sup>30</sup> ne l'empêchent pourtant pas de noter qu'il a de tous temps plus ou moins guidé l'activité du législateur ; et cette constatation permettrait d'expliquer que les principes présentés par Grotius et Vattel comme des règles de droit naturel aient eu une influence décisive sur la pratique suivie par les Etats en même temps que sur le développement du droit international coutumier. Partant de la même observation, C. Rousseau a estimé que le problème ne comporte pas –car il ne peut pas comporter- de solution exclusivement juridique. La même idée est certainement à l'origine des réflexions de S. Glaser, qui aboutit à la conclusion que « la coutume puise sa force dans l'idée de justice et repose sur la nécessité d'une règle sociale »<sup>31</sup>.

c) Les rapports du traité et de la coutume

On a pu dire quelquefois que le traité constituait la première source du

---

<sup>29</sup> H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. III, 1953, p. 125 et s.

<sup>30</sup> Selon Kelsen, la doctrine du droit naturel repose sur « l'illusion qu'il est possible de tirer de notre connaissance des faits de la nature une connaissance de ce qui est bien et de ce qui est mal », *Ibid.*

<sup>31</sup> S. Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954, p. 36.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

droit international, l'ordre de présentation retenu par l'article 38 du statut de la C.I.J. devant être interprété comme l'affirmation d'une hiérarchie sanctionnant le caractère secondaire de la coutume par rapport à la norme conventionnelle. Il serait pourtant erroné de tirer de cette rédaction pareille conclusion, semble-t-il. En premier lieu, la doctrine dominante reste généralement attachée à l'idée que traité et coutume sont de même force juridique, cette égalité de principe dérivant de leur pouvoir dérogatoire réciproque, vérifié par le droit international positif. Néanmoins et au regard de certaines autres caractéristiques, les deux sources principales du droit paraissent subordonnées l'une à l'autre, le bénéfice de la primauté revenant alors à la norme coutumière.

### 1. L'indépendance des normes conventionnelle et coutumière

Souignée par de nombreux auteurs, cette indépendance de principe résulte essentiellement de leur valeur dérogatoire réciproque ; un traité peut abroger une coutume, dit-on, ou à tout le moins la modifier. C'est ainsi que la déclaration de Vienne de 1851 a pu abolir la coutume de la traite négrière, tandis que la signature du pacte de Paris de 1928 (dit Pacte Briand-Kellog) mettait fin à la règle coutumière de la compétence de guerre traditionnellement reconnue aux Etats. L'inverse, il est vrai, peut également se produire, si l'on en croit les quelques exemples de coutumes parfois présentées comme abrogatives ou modificatrices de dispositions conventionnelles, en dehors de toute procédure écrite, issues en particulier du droit de la guerre : ainsi, les diverses prescriptions prohibant l'attaque, sans préavis, des navires de commerce par les sous-marins ennemis furent largement méconnues par la plupart des belligérants de la seconde guerre mondiale. Et c'est également en contradiction flagrante avec certaines dispositions des conventions de La Haye que fut pratiqué le bombardement aérien au cours de la même période.

De là à en induire que ces comportements constituent des coutumes dérogatoires aux traités, il n'y a qu'un pas, sans doute, qu'il faudrait se garder de franchir. En effet, il est loin d'être établi qu'une coutume contraire a pris corps dans l'ordre juridique international dès l'instant où les dispositions conventionnelles sont méconnues par leurs signataires, en temps de guerre comme en temps de paix : ce n'est pas parce qu'une loi subit de multiples entorses qu'elle doit être considérée comme abrogée, conformément à la règle qui vaut pour tout ordre juridique, y compris l'ordre juridique international.

Quant à l'opinion selon laquelle un traité serait susceptible d'abolir ou de modifier l'état de choses antérieurement créé par une coutume, elle a été

également réfutée par de nombreux théoriciens. Selon S. Glaser, « le contenu d'un traité doit toujours être conforme à la coutume » qui, selon ses propres termes, « forme la source principale du droit international. En aucun cas les traités ou les conventions ne peuvent édicter une règle qui soit en contradiction avec le droit international comme tel : comme le remarque Le Fur, il n'y a pas de doute qu'un accord passé entre deux Etats en vue de se livrer à la traite des noirs ou de favoriser la piraterie serait considéré comme nul du point de vue du droit international, et le fait de l'exécuter ne ferait qu'aggraver cette violation du droit international »<sup>32</sup>.

Cette position peut paraître curieusement infirmée par les exemples précités de traités réformateurs de coutumes, en particulier celui de la convention de Vienne considérée par de nombreux auteurs comme abolitionniste de la coutume relative à la traite négrière. Pour retourner l'objection, il suffit d'admettre que cette pratique avait déjà été condamnée par une nouvelle coutume, eu égard au développement et à l'affermissement subséquent d'une conviction juridique en sens contraire : la convention de Vienne n'interviendrait plus alors qu'à titre de confirmation, par la codification, de la nouvelle coutume.

Ce mécanisme en chaîne s'insère à l'intérieur de la théorie des traités déclaratifs de droit qui, complétant la doctrine de la filiation du droit international conventionnel, tend à conférer le bénéfice de la primauté à la coutume par référence au traité.

## 2. La primauté de la coutume sur le traité

Cette supériorité de la coutume dans la structure hiérarchique du droit international a été mise en lumière et fermement défendue par H. Kelsen<sup>33</sup>. C'est en effet une norme coutumière qui confère au traité le caractère d'un fait créateur de droit investi d'une force obligatoire ; autrement dit, elle lui donne le pouvoir d'établir des droits et de créer des obligations en faveur ou à la charge des parties contractantes, les Etats. Cette norme, généralement exprimée par la formule *pacta sunt servanda*, est la raison de validité des traités, partant, la source de toutes les dispositions y incluses. En conséquence, la source conventionnelle dérive de la source coutumière, conclut Kelsen ; et comme la norme qui règle la création d'une autre norme lui est supérieure, il convient de placer la coutume au premier rang des sources du droit international.

A l'évidence, ce point de vue procède d'une prise de position quant au

---

<sup>32</sup> S. Glaser, *op. cit.*, p. 35.

<sup>33</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, p. 129.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

fondement profond qu'il s'agit d'assigner à la force obligatoire des traités. Il convient cependant de lui reconnaître toute la part de vérité qu'il contient, dans la mesure où tout le droit international conventionnel est subordonné à des règles, nécessairement coutumières, qui définissent la convention, qui expriment les conditions relatives à sa conclusion ou à son applicabilité<sup>34</sup>, voire qui circonscrivent son contenu dans certaines limites. A défaut, il faudrait admettre qu'un traité puisse fixer un état de choses différent ou contraire à celui qu'a établi la coutume à propos de comportements fermement définis ; or cette possibilité, nous l'avons vu, est réfutée par le droit positif. On ne peut davantage concevoir la conclusion d'un traité relatif à la traite négrière qu'on ne saurait admettre la signature d'une convention dont l'objet se ramènerait, par exemple, à un trafic de femmes ou d'enfants dans le but de les livrer à la prostitution, quand bien même nul accord antérieur de type conventionnel n'aurait prohibé de tels comportements. Au reste, cet accord existerait-il qu'il se limiterait alors à constater l'évolution du droit international, parachevée et déjà exprimée par la norme coutumière : le traité serait seulement déclaratif de droit.

En dehors du traité et de la coutume, l'article 38 du statut de la C.I.J. vise en son paragraphe III les principes généraux de droit et en son alinéa final l'équité. S'il n'est pas dépourvu d'intérêt d'en appréhender la matière, il importe surtout de comprendre les circonstances en lesquelles les normes qu'ils contiennent reçoivent application dans l'ordre juridique international.

### 3°) Les principes généraux de droit

La catégorie des principes généraux de droit renferme des principes juridiques non écrits, de portée générale et quasi universelle que de nombreux auteurs intègrent à l'ordre international positif au titre de source autonome de droit : tel est du moins le caractère qui lui est reconnu par l'article 38 du statut précité, bien qu'il convienne de distinguer entre les deux groupes de normes qui s'y côtoient.

Les premières sont des principes propres au droit international public, spécifiquement applicables aux relations entre Etats ; ils ne se différencient que partiellement de la règle coutumière, tout en présentant avec elle des rapports si étroits qu'il n'est guère utile, selon P. Reuter, de maintenir une quelconque distinction entre ces deux sources de droit : il s'agirait en effet de règles très générales et nécessaires -par exemple, la souveraineté des Etats sur leur territoire-, souvent présentées comme étant investies d'un caractère absolu. Néanmoins, seul un mécanisme coutumier permet d'expliquer cette

---

<sup>34</sup> Voir P. Reuter, *op. cit.*, p. 92.

dernière particularité. Et quant à constituer des règles juridiques, cela n'est rendu possible qu'à raison du contenu concret que leur confère la coutume<sup>35</sup>.

Le second groupe identifié au sein de cette catégorie bipartite est formé de tous les principes communs à l'ensemble des Etats, leur caractère de nécessité logique, plus ou moins marqué, justifiant leur transposition du droit interne au droit international. On peut le concevoir comme un fonds de règles commun à tous les ordres juridiques nationaux et à l'ordre juridique international apparenté, ici encore, à la norme coutumière : l'application répétée et la concrétisation de ces principes dans le cadre des précédents finissent en effet par donner naissance à des coutumes<sup>36</sup>.

#### 4°) L'équité

Comprise en un sens très général, l'équité peut être définie comme une réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit la loi : « Amour et vérité se rencontrent ; justice et paix s'embrassent »<sup>37</sup>. En droit international public, l'équité prend corps sous forme de l'application, pour la solution d'une espèce particulière, des principes de la justice. A cet égard, on oppose habituellement la justice abstraite au droit strict, ou encore la justice naturelle à la justice formelle.

Malgré les controverses et les ambiguïtés créées par une doctrine et une jurisprudence très confuses en la matière, il est toutefois une certitude : l'équité est une notion appliquée par le droit international qui lui assigne un rôle variable, en fonction des cas d'espèces qui lui sont soumis. Quels sont ces cas et dans quelles circonstances les sources subsidiaires du droit international -qu'il s'agisse des principes généraux de droit ou de l'équité- trouvent-elles matière à intervenir ? Les éléments de solution propres à éclaircir la question résident dans la théorie dite de « la plénitude de l'ordre juridique international ».

#### *Sous-section II - La plénitude de l'ordre juridique international*

Comme tout système juridique, le droit international renferme des normes générales et des normes particulières. Tandis que le droit international général est entièrement coutumier, eu égard à l'ancienneté de la coutume et à la primauté qu'elle revêt en de nombreux domaines, le droit international particulier est à la fois conventionnel et coutumier, compte

---

<sup>35</sup> P. Reuter, *op. cit.*, p. 117 et s.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>37</sup> Définition et citation (PS 84-11) sont tirées du *Lexique des termes juridiques* de R. Guillien et J. Vincent, Editions Dalloz, p. 164.



## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

tenu du rôle grandissant tenu par les traités dans le développement contemporain des relations interétatiques et de la discipline. De cet ensemble de normes conventionnelles et coutumières résulte-t-il un système juridique suffisamment large pour saisir tous les problèmes susceptibles de lui être soumis ? Voilà posée la question -très controversée- des lacunes du droit international. Résolue en termes très différents selon les conceptions propres à chaque auteur, elle mérite attention dans la mesure où elle démontre, de façon incisive, toute la spécificité de la matière en laquelle elle se meut. Nous examinerons successivement la théorie de « la plénitude logique du droit », puis celle de « la plénitude substantielle du droit ».

### A - La théorie de la plénitude logique du droit

Il est logiquement impossible que le droit international conventionnel ou coutumier ne résolve pas toute difficulté, quelle qu'en soit la nature, enseigne H. Kelsen. Le droit international existant peut toujours s'appliquer, puisque que ses prescriptions permettent de savoir, dans toutes les hypothèses, si un Etat ou un autre sujet de droit a l'obligation de se comporter ou de s'abstenir de façon déterminée. Dans tel cas concret, le droit international particulier, conventionnel ou coutumier, l'emportera sur le droit international général ; mais celui-ci retrouvera toute son efficacité en l'absence d'une norme particulière applicable à l'espèce considérée. N'existerait-il aucune norme conventionnelle ou coutumière, générale ou spéciale susceptible de régir la matière ? C'est alors que le prétendu « cas » n'en constitue plus un, en ce sens qu'il ne revêt plus l'aspect d'un problème ou d'une difficulté : le sujet est juridiquement libre de se comporter comme bon lui semble, en vertu du principe selon lequel tout ce qui n'est pas expressément défendu est autorisé par le droit international<sup>38</sup>.

A partir de là, certains auteurs ont été amenés à conclure que la notion de « lacunes », contradictoire en ses termes, était inapplicable au droit international, celui-ci étant dominé par le principe de la souveraineté (c'est-à-dire du bon vouloir) des Etats. Inacceptable à différents égards, cette thèse a été réfutée par de nombreux internationalistes ; P. Reuter, en particulier, a démontré qu'elle était au surplus inexacte sur le terrain même où elle se situe. En premier lieu, elle repose sur l'idée qu'une logique purement formelle suffit à rendre le droit parfait. Par ailleurs et compte tenu de la multiplicité des Etats, le droit international devrait répartir les compétences entre eux de façon extrêmement rigoureuse, afin que la souveraineté de chacun soit clairement définie. Or l'expérience a malheureusement démontré

---

<sup>38</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, p. 121.

qu'il n'en était pas ainsi<sup>39</sup>.

De façon plus simple, il suffit d'évoquer deux arguments décisifs pour rejeter la théorie de la plénitude logique du droit. C'est ainsi qu'elle ne laisse aucune part aux sources subsidiaires du droit international, pourtant expressément visées à l'article 38 du statut de la C.I.J. et effectivement appliquées dans les relations internationales. Surtout, elle ne fait aucun cas de l'existence de ces facteurs extra juridiques dont l'influence nécessaire est démontrée par la thèse de la plénitude substantielle du droit.

#### B - La thèse de la plénitude substantielle du droit international

Décider que tout ce qui n'est pas défendu par le droit international est permis, voilà qui est certainement et logiquement possible : ce faisant, on appliquerait simplement le droit international général au cas particulier qui lui est soumis. Toutefois, il peut se produire que cette solution ne soit pas satisfaisante au regard de la justice ou de la morale, voire même d'un point de vue strictement politique ; et c'est seulement en ce sens que l'on peut invoquer la question des lacunes, qu'il s'agisse de droit international ou de n'importe quel autre ordre juridique. Est-il possible d'obvier à la carence normative internationale, dès l'instant où elle est reconnue ? Sans doute, admet Kelsen, mais dans l'unique mesure où cette possibilité peut se fonder sur une norme de droit international positif, selon les impératifs du positivisme juridique.

S'il est hautement improbable qu'une telle norme ressortisse au droit international général coutumier, du moins faut-il tenir pour certain qu'elle puisse toujours être portée par une convention qui donnerait aux Etats et aux organes chargés de l'appliquer le pouvoir de combler les lacunes du droit international. C'est ainsi, semble-t-il, que doit être comprise la disposition incluse à l'article 38 selon laquelle « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » appliquera, non seulement le droit international conventionnel ou coutumier, mais encore « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » et si les parties sont d'accord, l'équité. En conséquence, ce sont les règles issues de ces deux catégories de sources considérées généralement comme subsidiaires qui, par un effet de substitution, seront seules applicables à la question qu'il s'agit de résoudre, tandis que les normes issues des sources principales du droit international ou encore le principe coutumier selon lequel « tout ce qui n'est pas défendu est permis » ne le seront pas, compte tenu des graves manquements à la justice, à la

---

<sup>39</sup> P. Reuter, *op. cit.*, p. 61.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

morale ou à l'orientation de la politique qui pourraient en résulter.

Au demeurant, cette technique est péremptoirement illustrée par les fonctions reconnues, en droit international, à ce mode très particulier de création des normes juridiques que constitue l'équité<sup>40</sup>. Celle-ci n'apparaît pas seulement comme un moyen de compléter le droit existant en en comblant éventuellement les lacunes ; la fonction supplétive -ou *praeter legem*- qu'elle partage avec les principes généraux de droit se double en effet d'une fonction modératrice -ou *infra legem*- du droit positif, dans les hypothèses où son application automatique entraînerait des solutions trop rigoureuses, ou du moins des solutions ressenties comme étant peu conformes au bon sens et aux principes d'une justice commune.

Si le bien-fondé de ces deux procédés n'est guère contesté en doctrine, il subsiste néanmoins une hésitation relative au rôle réformateur que d'aucuns s'accordent à reconnaître à l'équité : peut-on écarter l'application du droit positif sur son seul fondement ? Les auteurs ne sont pas unanimes sur ce point, qui demeure le plus controversé. Il semblerait toutefois que la fonction *contra legem* du concept d'équité n'ait pas connu encore d'utilisation pratique, sauf à considérer comme telle le recours aux sources subsidiaires du droit international pour éluder la règle générale qui autorise tout ce qui n'est pas expressément prohibé par la coutume ou par la convention.

En conclusion, il s'agit donc d'une règle admise par la pratique et sanctionnée par la législation que le droit international est un droit « substantiellement » sans lacunes, dans la mesure où il est toujours loisible de faire appel, dans les cas qu'il n'a pas prévus, aux normes implicites issues de ses modes subsidiaires de création. Autant vaut dire que le droit international consacre une règle dont le contenu s'oppose à celui d'un principe de droit pénal traditionnellement reçu par la plupart des législations répressives internes, le principe de légalité des délits et des peines. Cette antinomie agite la question de leur cohabitation à l'intérieur d'une discipline qui se veut à la fois pénale et internationale, le droit des infractions internationales.

### Section II – La légalité internationale

Si le droit international pénal est constitué par le produit de la convergence du droit international public et du droit pénal, ce serait vaine entreprise que de l'analyser comme un système juridique strictement pénal en même temps que strictement international, ou encore que d'adopter une

---

<sup>40</sup> C. Rousseau, *op. cit.*, p. 91.

attitude sélective en favorisant l'un de ses éléments par rapport à l'autre pour en faire une discipline davantage pénale qu'internationale ou, à l'inverse, plus internationale que pénale.

Telle est pourtant la démarche que l'on rencontre trop souvent dans les écrits des auteurs se référant à ce thème, notamment lorsqu'ils analysent la question de la soumission du droit international au principe de la légalité criminelle selon les termes du système de base auquel ils donnent la primauté. C'est ainsi que les pénalistes de la stricte observance manifesteront une nette propension à concevoir un ordre répressif international calqué sur celui de la société interne, tout en faisant valoir de nombreux arguments concluant à la valeur absolue dudit principe, partant, à sa réception intégrale en un domaine qui, en raison de ses carences organiques, ne peut y satisfaire. Quant aux publicistes, ils n'attacheront généralement qu'une importance tout à fait secondaire à toutes les règles étrangères à leur matière -y compris la règle de la légalité criminelle-, autant qu'elles ressortissent aux ordres juridiques développés, catégorie dont le droit international ne fait manifestement pas partie. Par voie de conséquence, la discipline ne peut s'adjoindre qu'un système répressif ramené à sa plus simple expression, tel celui de la justice privée propre à tous les droits primitifs ; et c'est alors qu'il faut considérer chacune des manifestations de force échangées dans la sphère interétatique comme marquée du sceau de la sanction pénale.

Ces deux positions extrêmes doivent être dénoncées dans la mesure première où elles font preuve d'un défaut évident d'objectivité, leurs auteurs faisant dépendre la solution d'un problème de conceptions tout à fait personnelles : la première refuse d'appréhender la question dans l'intégralité de ses données et pose le principe de légalité des délits et des peines en exigence, eu égard à une valeur absolue et à une importance fondamentale qui restent encore à établir. La seconde, en revanche, procède d'une confusion entre le droit de défense, admis dans les relations internationales, et le droit pénal, qui consiste précisément à substituer au système de la justice privée celui de la vindicte sociale. Enfin, elles tendent ensemble à démontrer l'erreur qui consiste à approcher la question du principe de légalité en termes d'obligation. Car ce qui importe n'est pas de s'enquérir si ce principe doit ou ne doit pas être reçu dans l'ordre international, mais de rechercher s'il est souhaitable qu'il le soit, compte tenu de ses justifications profondes ; et dans quelle mesure, à quelles conditions cet ordre peut-il y satisfaire, eu égard au particularisme de la légalité internationale.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

### *Sous-section I – Le principe de légalité des délits et des peines*

L'émergence, puis la proclamation du principe de la légalité criminelle dans la législation française ont partiellement concrétisé la réaction de la souveraineté populaire à l'encontre d'une justice pénale visant essentiellement à protéger les intérêts de la société assimilés, dans l'ancien royaume de France, aux intérêts du pouvoir. Une rapide esquisse de la toile de fond sur laquelle il s'est progressivement développé jusqu'à devenir un impératif pour les consciences, avant de l'être dans les textes, n'apparaît donc pas dépourvue de toute utilité. Son exposé permettra non seulement d'appréhender la signification profonde de l'affirmation de la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege*, mais encore d'établir le parallèle nécessaire avec le contexte international, si l'on considère ses raisons d'être dans l'ordre répressif interne.

#### A - Les justifications historiques du principe de légalité

Les premières manifestations de ce que l'on peut appeler un « véritable » droit pénal ont résulté d'une modification notable des conceptions relatives à la répression criminelle, tout en coïncidant avec l'affermissement de l'autorité du pouvoir central. Il apparaît alors que le crime n'est pas seulement une question privée concernant uniquement ses protagonistes et, par extension, les membres de leurs clans familiaux respectifs, mais bien un phénomène social nuisible au maintien de l'ordre public : que l'on songe aux désordres engendrés par la réaction vindicative et surtout anarchique de l'offensé, ou, pire encore, aux guerres privées déclenchées, du fait de l'« offense », entre les clans rivaux...

Aussi l'Etat naissant s'efforce-t-il de prendre lui-même en charge la vengeance des victimes, et d'adopter toutes les mesures susceptibles de juguler le crime. A la justice personnelle est substituée la Justice du roi, laquelle, certes, continue de faire appel à la force dans l'exercice de la répression. Mais elle ne repose plus sur le seul fondement de la vengeance, qui, de privée, est devenue celle de la société toute entière, et, par délégation, celle du souverain<sup>41</sup>. Sous l'influence du christianisme, on cherche désormais à faire expier le délinquant, son crime étant identifié à une faute qui appelle le châtiment ; mais à le faire souffrir, pense-t-on, autant que ce soit de façon suffisamment traumatisante pour décourager par

---

<sup>41</sup> « La vengeance est défendue aux hommes, il n'y a que le roi qui la puisse exercer par ses officiers », précise Argou, dans les *Institutes Coutumières*, Des crimes, liv. 3, chap. 38, cité par H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1947, p. 18.

l'exemple ceux qui seraient tentés de le suivre. Au nom du pouvoir royal se développe donc une conception nouvelle du droit pénal dont la fonction expiatoire se double d'une fonction intimidante et dont les caractéristiques essentielles sont fixées, dès le XVII<sup>e</sup> siècle, par les textes, la jurisprudence et les usages judiciaires.

Les peines sont extrêmement rigoureuses, voire d'une grande cruauté ; mais elles sont aussi inégales, car elles varient en fonction de la condition du coupable. Enfin et surtout, elles procèdent de l'arbitraire du juge qui dispose, pour les distribuer, des pouvoirs les plus étendus. Certaines incriminations et les sanctions afférentes sont en effet formulées sans grande précision par les ordonnances royales qui se limitent, le plus souvent, à fournir de simples directives générales en omettant d'indiquer le taux ou la nature de la peine attachée à tel ou tel délit. Pour le reste, il est fait entièrement confiance au juge qui bénéficie d'une grande latitude pour cumuler, aggraver puis prononcer les peines de son choix, pourvu qu'elles fussent « en usage dans le royaume » et qu'il respecte, ce faisant, les limitations naturelles issues des habitudes judiciaires. Mais il y a plus, à savoir la faculté reconnue au souverain -puisque toute justice émane du Roi- de ne point faire comparaître devant les tribunaux et de prononcer lui-même les condamnations, sans jugement préalable, de tous ceux qui n'auraient pas eu l'heur de lui plaire, quand bien même n'auraient-ils commis aucune infraction.

Ainsi se présente, dans ses grandes lignes, ce qu'il convient de nommer « l'arme répressive » d'un Etat justicier, susceptible de mener aux pires abus dans la mesure où elle ne cède aucune part aux droits individuels des justiciables et contre laquelle, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, commencent à s'insurger de nombreux philosophes. Montesquieu, Rousseau, Bentham et surtout Beccaria s'emploient et réussiront à imposer l'idée nouvelle que la mission du droit pénal ne doit pas être limitée à la sauvegarde des intérêts de la société par la lutte contre la délinquance ; une bonne police y suffit. Ce qui essentiellement importe, c'est de « soumettre la force au droit, faire du droit pénal le bouclier des citoyens contre l'Etat »<sup>42</sup> afin d'assurer la protection de leurs droits individuels contre l'arbitraire des juges et celui du pouvoir. Pour ce faire, les incriminations et les sanctions doivent être établies par la loi, enseigne Beccaria sous l'influence des idées exprimées par J.J. Rousseau dans sa doctrine du contrat social : par le pacte social, chaque citoyen a fait don de son droit de défense individuel à la société. Il l'a remis entre les mains de l'Etat, qui seul désormais exerce le droit de punir mais dans les limites

---

<sup>42</sup> V. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 101.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

précises fixées par la loi, puisque celle-ci constitue l'expression de la volonté générale. Enfin, la logique contractuelle et la sécurité juridique exigent que la délimitation de la frontière entre le licite et l'illicite, tout autant que la détermination des peines, précèdent le délit : nul ne doit être inquiété pour des faits qui n'étaient pas antérieurement sanctionnés par la loi et nul ne peut être frappé d'une peine non édictée, avant son prononcé, par la loi.

Ainsi pressenti dans les œuvres de ces philosophes, ainsi exprimé par ceux dont on a pu dire qu'ils étaient les promoteurs de la réforme pénale opérée, quelques années plus tard, à la faveur de la Révolution française, le principe de la légalité criminelle devait recevoir sa forme et son expression définitives dans un texte constitutionnel, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789 :

« La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée », proclame-t-elle en son article 8.

Se trouvent donc à la fois affirmés le principe de légalité des délits et des peines et son corollaire nécessaire, la règle de la non-rétroactivité des lois pénales.

### B - *Nullum crimen, nulla poena sine lege* : le principe et ses implications

Destiné originellement à dresser un rempart contre l'arbitraire du pouvoir dans la création des règles de droit et contre celui du juge, dans la fixation des peines, par l'institution d'un monopole conféré au législateur en ces deux matières, le principe de légalité tend à produire diverses implications dans l'ordre interne, eu égard à sa justification principale tirée d'une nécessité de politique criminelle : il est juste que la loi avertisse avant de punir, de façon que les citoyens aient connaissance de ce qu'elle prohibe et de ce qu'elle permet. De plus, la menace de la sanction à laquelle ils s'exposent s'ils n'en respectent pas les prescriptions est supposée renfermer un effet dissuasif, susceptible d'exercer une certaine pression psychologique sur leur volonté ou leurs éventuelles tendances délictueuses. De là dérive la conséquence essentielle de la légalité criminelle : compte tenu de sa fonction intimidante autant que préventive, la loi pénale ne saurait être d'application rétroactive à peine d'instaurer un climat de grave insécurité juridique nuisible, à plus ou moins longue échéance, à la stabilité des institutions.

Qu'une loi nouvelle soit promulguée pour modifier ou pour remplacer une loi ancienne qui ne paraît plus adaptée aux besoins de la société, voire pour créer une incrimination jusqu'alors inconnue de l'arsenal répressif, et nul ne contestera qu'elle puisse et qu'elle doive concerner toutes les

situations pénales postérieures à son institution. Mais que le législateur décide, au surplus, de l'appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne modifiée ; pire encore, qu'il s'en prévale aux fins de châtier des faits licites au moment de leur commission, compte tenu du défaut d'injonction de la loi à leur endroit et c'est alors que le droit pénal faillirait gravement à la mission qui lui est impartie, c'est-à-dire la protection des intérêts individuels contre l'arbitraire et l'inégalité, de quelque source qu'ils proviennent.

Non-rétroactivité et formulation antérieure des incriminations et des sanctions constituent donc les deux implications fondamentales du principe de la légalité criminelle; mais il en est d'autres, dont l'importance n'est pas moindre. Ainsi, le but auquel tend la règle ne pourra être atteint que par une formulation précise des normes pénales, de sorte que nul doute ne puisse entourer la volonté réelle du législateur. Or à cette exigence, seul l'écrit peut satisfaire, dans la mesure où il peut fixer la loi dans tout le détail de ses prescriptions et de ses prohibitions. Subsisterait-il, en dépit des soins apportés à la formulation écrite de la règle de droit, une quelconque ambiguïté susceptible d'embarrasser le juge chargé de l'appliquer ? Il sera alors autorisé à l'éclaircir, mais uniquement selon le principe de l'interprétation restrictive, ce qui exclut une fois encore toute velléité d'arbitraire, non plus législatif ou exécutif, mais judiciaire.

#### C - Le domaine concédé au principe de légalité en droit pénal interne

Clairement, la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege* est une maxime de droit interne, en ce sens qu'elle est faite pour les ordres juridiques développés, ayant atteint leur pleine maturité et en lesquels « la loi, parvenue à un certain degré de perfection et de fixité apparente, constitue un système juridique se suffisant à lui-même », autrement dit, « un système sans fissures »<sup>43</sup>. C'est la phase de codification, étape bien définie de l'évolution pénale à laquelle ont accédé la plupart des législations nationales, sans doute, mais qui se situe encore fort loin dans le champ des perspectives internationales, quels qu'aient été les vœux, les efforts et les travaux multipliés en ce sens.

Ce serait toutefois verser dans l'utopie que de concéder à la règle la valeur absolue que certains auteurs persistent à lui reconnaître, dans la mesure première où l'usage qui en est fait dans son domaine naturel n'en

---

<sup>43</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international », *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1951, p. 389. Voir R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 224 et s.



## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

respecte pas strictement toutes les implications ; à un point tel, d'ailleurs, que l'on dénonce, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le « déclin » progressif du principe de la légalité criminelle. Ainsi, sa fonction de limitation des sources du droit pénal jusqu'à n'en conserver plus qu'une, la loi, a connu de nombreuses atteintes au fil des décennies en raison de l'ingérence grandissante de l'exécutif dans la création des normes pénales. Inaugurées sous la III<sup>e</sup> République par le recours endémique à la pratique des décrets-lois, poursuivies et largement exploitées, sous l'empire de la constitution de 1946, par le système des ordonnances prises en vertu de ses articles 92 et 38 non moins que par l'admission, pour certaines matières, des décrets, arrêtés et autres actes administratifs au rang des sources du droit pénal, les délégations de pouvoir conférées à l'exécutif pour l'institution des incriminations et des peines ont traduit l'abandon, par le législateur, de son exclusivité en ce domaine.

Surtout, le coup fatal devait lui être porté par la constitution de 1958 qui opéra purement et simplement le transfert de toute la matière des contraventions du législatif à l'exécutif, amputant ainsi, de façon irrémédiable, les attributions de la loi. Reprenant le point de vue affirmé, sous ce rapport, par le principe de légalité des délits et des peines, l'article 4 du code pénal<sup>44</sup> ne fut pourtant pas modifié, et c'est avec réalisme qu'il convient d'en appréhender les termes lorsqu'il affirme, en contradiction partielle avec la règle confirmée par la V<sup>e</sup> République, que « nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ».

Par ailleurs et même à ne considérer que les normes pénales issues de la loi, force est de constater que leur formulation ne souscrit pas toujours à la précision et à la clarté exigées par le principe de légalité des délits et des peines. Cette tendance, il est vrai, s'est manifestée tout particulièrement durant la période des troubles internationaux et les lois de Vichy, à l'instar des lois nationales socialistes allemandes, ont fourni maints exemples d'incriminations vagues ou affectées d'un caractère dangereusement extensif, nuisibles à la sécurité et à la protection des honnêtes citoyens. Cependant, on trouve aujourd'hui encore certaines lois trop générales, au contenu mal défini, qui obligent par là même les juges à user de leur faculté d'interprétation ; or celle-ci, loin s'en faut, n'est pas toujours restée enfermée dans les étroites limites que lui assignait le principe de la légalité criminelle, cette propension, observée à diverses époques et pratiquée sous différentes formes, étant de nature à marquer son déclin en matière judiciaire.

---

<sup>44</sup> Actuel art. 113-3, nouveau code pénal.

Enfin, le droit comparé enseigne que les systèmes juridiques de Grande-Bretagne et des Etats-Unis d'Amérique ignorent la maxime *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sans paraître souffrir d'un complexe d'infériorité par référence aux législations continentales qui l'ont toutes expressément formulé, ni s'exposer au reproche de partialité ou d'arbitraire, dans la mesure où il s'agit, dans les deux cas, de systèmes démocratiques libéraux. Comme l'ont noté MM. Merle et Vitu, les prérogatives des juges anglo-saxons n'ont rien de despotique, même « s'ils possèdent un certain pouvoir répressif autonome et créateur de la règle juridique (...), puisque les précédents judiciaires s'imposent à eux aussi impérativement que des dispositions écrites »; et les deux maîtres d'en conclure que « indirectement, mais aussi sûrement, la légalité est à la base du droit pénal anglo-saxon »<sup>45</sup>.

De cette légalité, il est vrai que la *Common Law* ne retient pas la forme ; du moins respecte-t-elle les idées supérieures de justice et de protection des libertés individuelles qui la meuvent. Et si de cette forme il a été abondamment démontré qu'elle ne renfermait pas une valeur absolue, ce n'est pas assez que d'affirmer, à propos d'un principe de légalité ramené à sa seule essence, après avoir été dépouillé de tous ses attributs formels, qu'il est inhérent au droit pénal. Cela tout simplement parce qu'il se confond partiellement avec lui, parce qu'il n'en constitue que l'une des expressions, dans la mesure où c'est au droit lui-même qu'est attachée la mission protectrice des droits et des libertés des justiciables, le principe, pour sa part, n'en étant que le simple garant : « La forme n'est qu'un moyen d'assurer le respect du droit même », assure J. Graven ; car « ce qui importe avant tout, ce n'est pas de faire triompher la forme pour la forme, mais défaire triompher le droit »<sup>46</sup>. En conséquence, c'est à peine s'il est besoin de s'enquérir du caractère utile ou souhaitable de la soumission de tout ordre répressif à la règle de la légalité, tant il est naturel qu'il en soit ainsi, du moins dès l'instant où la défense de l'intérêt général -fonction première du droit pénal des sociétés internes- tend à empiéter dangereusement sur la protection des intérêts individuels et sur la sauvegarde des droits de l'innocent.

*Descendit autem jus a justitia sicut a matre sua*, disaient déjà les jurisconsultes romains qui pourtant ne connaissaient pas la maxime *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en dépit de sa tournure latine : le droit doit descendre de la justice comme de sa mère. Et si l'adage vaut pour tout ordre

---

<sup>45</sup> V. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 216.

<sup>46</sup> J. Graven, « De la justice internationale à la paix », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1947, p. 14.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

répressif, il doit valoir également pour celui que s'efforce d'instituer la communauté internationale, a décidé l'Assemblée générale de l'O.N.U. en adoptant, le 10 Décembre 1948, la déclaration universelle des droits de l'homme dont l'article 12 (al. 2) dispose :

« Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international ». Il reste à rechercher les conditions en lesquelles le droit des infractions internationales peut souscrire à la règle de la légalité, compte tenu de la diversité de ses modes de création, partant, des circonstances très particulières de son institution.

### *Sous-section II – Le particularisme de la « légalité » internationale*

Dès l'instant où l'on aborde la question de la « légalité » internationale, il importe, en liminaires nécessaires, de revenir et d'insister sur l'erreur consistant à transposer purement et simplement dans le domaine international les techniques spécifiques et l'intégralité, dans toute leur rigueur, des principes reconnus et nettement établis par l'ordre répressif interne, en particulier le principe de la légalité criminelle. Elle ne peut conduire, en effet, qu'à diverses conclusions malheureuses dont la plus notable, à notre sens, est celle qui consiste à nier la possibilité même de l'institution d'un droit international pénal, faute de législateur permanent et formellement reconnu. Voilà qui soulève une question délicate à laquelle il est simpliste de répondre que la volonté des Etats souverains pallie, dans une large mesure, cette carence organique de la communauté qu'ils forment entre eux. Car si l'Etat entend faire la « loi » pour les autres, il n'entend pas la subir lui-même, ses réticences profondes permettant alors d'expliquer en partie l'absence de textes répressifs de portée générale parmi les documents diplomatiques signés dans la période de l'entre-deux-guerres.

Il peut donc paraître illusoire de rechercher les normes pénales dans l'écrit résultant de l'activité conventionnelle interétatique, sauf à n'en découvrir que quelques fragments épars, de toute façon incomplets ; et c'est là très précisément que réside l'obstacle majeur, selon certains esprits, à l'institution d'un véritable droit pénal qui, en tant que tel, se doit de satisfaire à la règle de la légalité des délits et des peines dans la plénitude des implications qu'elle est appelée à produire dans l'ordre répressif interne.

Il est clair que cette position appelle de nombreux tempéraments, dans la mesure où elle ne tient aucun compte d'un postulat fondamental, le particularisme de la « légalité » internationale. Aussi apparaît-il beaucoup plus réaliste de s'en tenir à ce qui est plutôt de se référer sans cesse à ce

qui devrait être, et de rechercher cette légalité là où elle se trouve, toute la difficulté, dès lors, consistant à discerner, parmi les sources du droit international, lesquelles sont susceptibles de produire des règles spécifiquement pénales assimilables, dans la mesure du possible, aux préceptes d'un législateur.

#### A - Le droit et la loi

La loi est toujours « volonté formulée »<sup>47</sup>, qu'il s'agisse de l'acte émanant du Parlement dans l'ordre interne ou de ce qui est censé en tenir lieu dans le contexte international. La notion de « loi internationale » peut donc être comprise comme le produit de l'activité conventionnelle des Etats lorsqu'ils s'érigent eux-mêmes, faute de mieux, en législateurs improvisés de la société qu'ils forment ensemble. De là certains auteurs, l'esprit rivé sur les conséquences produites par la règle de la légalité dans l'ordre répressif interne, ont cru pouvoir les transférer d'un domaine à l'autre, conférant ainsi l'exclusivité en matière pénale à la « loi » et persistant à n'accorder foi qu'à la disposition écrite, quel que soit l'ordre en lequel elle se situe.

On ne saurait pourtant souscrire à une telle opinion, dans la mesure où elle implique une méconnaissance certaine des différences notables séparant les techniques propres au droit international de celles qui sont en usage dans les législations internes, encore que le processus théorique demeure, au fond, toujours le même. Pour le législateur, « parler c'est vouloir » et réciproquement « vouloir c'est parler », la coïncidence étant parfaite entre la volonté et la formule, ces deux éléments indissociables que renferme la loi<sup>48</sup>. Toutefois, cette situation ne se rencontre guère en droit international dont les textes apparaissent, souvent lorsqu'ils portent sur des dispositions d'ordre général et de façon quasi exclusive pour ce qui est des normes spécifiquement pénales, comme la simple mise en formule d'une volonté extérieure qui les a précédé dans le temps. Or cette volonté -celle de la communauté internationale, entité distincte de la somme des membres qui la composent- a déjà été ressentie comme du droit bien avant d'en avoir pris l'apparence sous forme de loi ; et où la découvrir, si ce n'est dans ces sources spontanées, aux normes informulées mais néanmoins créatrices de droit que constituent la coutume et les principes généraux de droit ?

A vrai dire, il ne s'agit là que de la décomposition, largement accentuée, des mécanismes d'élaboration de la loi pénale interne, en dépit de la foi erronée -mais compréhensible, compte tenu de la simultanéité apparente des

---

<sup>47</sup> Voir C. Lombois, *op. cit.*, p. 52.

<sup>48</sup> *Ibid.*

deux phases- en l'idée que la formule crée, partant précède l'ordre juridique interne : lorsque le mandataire exécute les ordres de son mandant, il n'agit pas selon sa volonté personnelle, mais par volonté antécédente et interposée, celle de la personne qui lui a donné mandat de se comporter ou de s'abstenir, en son nom et pour son compte, de telle ou telle autre manière. Et c'est ainsi, semble-t-il, qu'il convient d'analyser la mission conférée au législateur par l'entité qu'il représente parce qu'elle en a fait son porte-parole, à savoir la nation toute entière. Si bien que lorsque le législateur « parle », il le « veut » certainement, mais dans l'unique mesure où sa mandante l'a voulu avant lui, la volonté de l'un et de l'autre se confondant alors jusqu'à n'en faire plus qu'une, celle que l'on a coutume de nommer « la volonté générale ».

En d'autres termes, l'ordre interne manifeste une nette propension à l'absorption du droit par la loi. Et si ce phénomène de symbiose permet non seulement d'expliquer, mais encore de légitimer l'exclusivité donnée à la loi par le principe de légalité en tant que source créatrice de normes pénales internes, son absence, dans l'ordre international carentiel, justifie au contraire l'adoption d'une solution différente : la primauté, en ce domaine, doit revenir au droit plutôt qu'à la loi, ne serait-ce d'abord que parce que la seconde se limite à déclarer, à constater les normes produites par les sources spontanées précitées, mais ne les crée pas. Au demeurant les créerait-elle qu'il faudrait encore lui refuser le bénéfice du monopole, à peine de subordonner l'existence de ce droit à la volonté discrétionnaire de ses auteurs. Les Etats, en effet, disposent de la faculté de légiférer sans être tenus d'aucune obligation à cet égard ; ils sont donc à la fois juges -de l'opportunité de faire la loi- et parties, en ce sens que la loi pénale fera d'eux ses premiers justiciables. Dès lors, comment voudrait-on qu'ils renoncent volontairement aux prérogatives liées à leur propre souveraineté et qu'ils sacrifient leurs intérêts personnels à ceux de la société internationale en favorisant Droit et justice au préjudice des facteurs politique, alliances et diplomatie ? Poser la question, c'est y répondre<sup>49</sup>.

La « légalité », dans l'ordre répressif international, procède donc de l'ensemble de ces normes informulées produites et portées par la coutume et les principes généraux de droit, seules sources créatrices de droit pénal (les

---

<sup>49</sup> On connaît la stérilité de la législation produite dans la période de l'entre-deux-guerres ; quant à la première loi internationale, qui, sans nulle ambiguïté, put être qualifiée de « loi pénale » au plein sens du terme (le statut du 8 août 1945), elle illustre parfaitement l'assertion selon laquelle « le souverain entend faire la loi, non la subir lui-même » : loin d'être générale, elle était limitée aux grands criminels de l'Allemagne nazie et aux crimes commis pendant la seconde guerre mondiale.

textes, rappelons-le, n'intervenant -et encore faut-il qu'ils interviennent- que pour les constater). Du reste, l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme n'exprime rien d'autre lorsqu'il dispose, en affirmant la soumission du droit international au principe de légalité, que « nul ne sera condamné pour des actions ou des omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux selon le droit -et non la loi- national ou international ».

Cela dit, la question qui nous préoccupe n'est pas résolue pour autant. Il ne suffit pas d'affirmer la prééminence, sur la loi, de ce droit informulé qui a pour charge la protection et la défense des « intérêts de la société internationale » ; ni de préciser que cette dernière notion ne recouvre pas plus l'addition des intérêts individuels des Etats que la somme des intérêts qu'ils possèdent en commun, mais bel et bien un produit qui en diffère et qui leur est supérieur en intensité. Ces qui importe est de s'enquérir de la teneur et de la nature spécifiques de ces normes tacites diverses qui, prises dans leur ensemble, font le droit (informulé) des infractions internationales.

#### B - Le contenu et la nature des normes informulées de l'ordre pénal international

De ce contenu et de cette nature, on découvre certaines indications dans le préambule de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre. Ses auteurs, après avoir fait cet aveu d'impuissance « qu'il n'était pas possible à présent de rendre conformes les stipulations qui voudraient couvrir toutes les circonstances qui peuvent se produire dans la pratique », y ont trouvé une solution empirique, formulée de la façon suivante :

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants resteront sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences (ou commandements) de la conscience publique »<sup>50</sup>.

Ces propositions diverses, du moins pour ce qui concerne la première et la dernière, paraissent de prime abord assez vagues<sup>51</sup>. Mais si de leur

---

<sup>50</sup> Ce texte de droit positif illustre de façon éclatante (en même temps qu'il confirme) la « théorie de la plénitude substantielle du droit international », vue *supra* p. 78.

<sup>51</sup> « Les lois de l'humanité » doivent se comprendre, semble-t-il, des dispositions de droit humanitaire contenues dans les conventions de La Haye.

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

amalgame est issu le droit informulé de la société internationale, il est impératif d'en éclaircir les acceptions respectives de façon à pouvoir leur conférer un contenu plus concret.

### 1°) Les « principes du droit des gens »

Les principes du droit des gens, autrement dénommés « principes généraux de droit » sont dérivés, apprend-on du préambule, des usages établis entre<sup>52</sup> les peuples civilisés. Or ces usages -desquels résultent les législations pénales des peuples qui les ont établis et réciproquement- varient d'une nation à l'autre, en fonction du degré de civilisation atteint par chacune d'entre elles. Ils peuvent également subir des fluctuations à l'intérieur d'un même pays, selon les époques et à mesure de l'évolution des mœurs : ainsi le divorce et l'adultère, longtemps sanctionnés par le droit pénal français, sont aujourd'hui licites et largement pratiqués sans que leurs auteurs n'en subissent plus les conséquences juridiques ; mais la dissolution du mariage reste difficile à obtenir en Italie, sous l'influence déterminante de l'Eglise catholique. Par ailleurs la bigamie, considérée de tout temps comme illicite dans les pays de civilisation judéo-chrétienne -donc pénalement réprimée- est légale, ou du moins tolérée (autant qu'elle est encouragée par le Coran) dans les pays de tradition musulmane.

Toutefois, les stigmates des préceptes religieux opérant plus ou moins consciemment sur la législation protectrice des droits de la famille ne sauraient être tenus pour seuls responsables de la diversité des ordres publics internes et de la relativité extrême d'un droit pénal aujourd'hui omniprésent. Celui-ci, en effet, élargit sans cesse le domaine de ses interventions, comme bras séculier d'un certain ordre économique mais surtout politique, principalement dirigé vers la protection et la défense de l'appareil étatique à l'encontre des justiciables. Or ces incriminations de contingence, établies dans les matières les plus variées (les douanes, l'économie, l'administration, le fisc, etc.) se prêtent, plus mal encore peut-être que les précédentes, à l'universalisme qu'exigent, pour accéder au rang des principes généraux de droit, les règles juridiques à y inclure. Par voie de conséquence, il convient de faire preuve d'une très grande circonspection pour déterminer le contenu à attribuer à ce « fonds commun à tous les Etats », partant, n'y admettre que ces normes fondamentales, jugées par tous indispensables au maintien de la vie en commun et pour lesquelles la sanction, prévue par toutes les législations, n'est pas et n'a jamais été simple affaire de contingence ou d'opportunité.

---

<sup>52</sup> Ou « parmi », selon les traductions.

Nulle communauté n'est viable là où l'on tue, où l'on vole, où l'on ment, constataient déjà les anciens philosophes; aussi paraîtrait-il légitime de reconnaître aux règles minimales protectrices du droit à la vie et à l'intégrité corporelle, du droit à la propriété et du respect de la parole donnée le caractère d'universalité requis. Exige-t-on, dans un souci de sélectivité plus sévère encore, de n'accorder valeur universelle dans l'espace et éternelle dans le temps qu'à une seule règle de droit, eu égard à la concordance permanente de tous les systèmes législatifs à son endroit ? Il faudrait alors retenir la plus grave, celle qui protège le droit à la vie ; autrement dit, la sanction de l'homicide qui, depuis Caïn, a toujours et partout été considéré et puni comme un crime.

2°) Les « commandements de la conscience publique »

Quelque peu différents par leur nature -bien qu'ils soient unis par de nombreux liens de parenté au regard de leur contenu- apparaissent, par comparaison, les commandements ou les exigences de la conscience publique, cités en dernière position par le préambule de la quatrième convention de La Haye. Ordonner (commander) ou interdire certains comportements aux individus constituent autant de fonctions qui ressortissent bien plus au domaine de la morale, dont la vocation normale est de peser sur l'« agir » humain, que de celui de la science juridique proprement dite.

Il suffit d'examiner les dispositions contenues dans un recueil de lois ou dans un code pénal, voire dans une convention internationale pour constater, en règle générale, que le discours du législateur s'exprime seulement à l'indicatif, l'impératif étant l'apanage des injonctions de la morale : « tu ne voleras point », ordonne-t-elle, tandis que les articles correspondant du code pénal français n'ont jamais prétendu directement interdire le vol aux citoyens ni leur prescrire de respecter la propriété de chacun, puisqu'ils se limitent respectivement à décrire un comportement (le vol est constitué par la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui) et à indiquer la rétribution afférente à celui-ci (le vol sera puni d'une peine privative de liberté et d'une amende variables, selon les circonstances).

Par ailleurs le meurtre, interdit par la morale (« tu ne tueras point ») est simplement défini, dans le code pénal, comme « l'homicide commis volontairement », et puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Quant à l'article 6-c du statut du Tribunal militaire international, il ne procède pas autrement lorsqu'il dispose que les meurtres, les exterminations et les déportations perpétrés pour des raisons d'ordre politique, racial ou religieux constituent des infractions internationales qualifiées « crimes contre



## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

l'humanité », sans pour autant interdire explicitement de les commettre. Il convient donc d'établir la distinction nécessaire entre les propositions juridiques et les commandements de la morale, bien qu'il soit conforme aux habitudes de langage et à la pensée juridique de définir le droit, notamment le droit pénal, comme un « ensemble de règles de conduite » où les unes et les autres seraient confondues. A cet égard, M. Villey a fort bien résumé l'analyse d'Aristote, qui discernait entre « l'art qui s'attache à la vertu subjective de l'individu ou à lui prescrire des conduites, y compris des conduites justes, celles de l'homme juste » (le *dikaïos*, la morale), et la discipline qui s'en détache, visant « à dire ce qui est juste, ce qui appartient à chacun : le *dikaion* », c'est-à-dire le droit<sup>53</sup>.

Tandis que la conscience morale existe en chaque individu, le droit, dont l'essence consiste en la détermination du partage des biens, des charges et des obligations d'un groupe entre plusieurs personnes est pure affaire de juristes : au législateur revient la fonction de poser des règles précisément formulées, et au juge, par ses sentences, celle de trancher les problèmes et de résoudre les conflits. Autrement dit, d'« attribuer à chacun le sien », de décider ce qui revient à chaque plaideur. Il s'ensuit donc que le droit, phénomène social ou relation sociale, ne peut vraiment s'exercer que dans une cité organisée. Il ne peut être sans juge ni constitution publique, ce qui ne signifie pas pour autant -loin s'en faut- qu'une cité ou, par extension, qu'une société primitive, en mal de structures, ne puisse ni ne doive se soumettre à certaines valeurs ; nous parlons de ces règles minimales de coexistence pacifique interne qui, si elles ne sont pas encore des règles juridiques, participent au moins de ces principes supérieurs au droit même que constituent les préceptes de la morale.

Aucun groupe humain ne saurait survivre, à longue échéance, sans adhésion à une morale dont les penseurs grecs faisaient le fond de l'ordre de la cité et sur le fondement de laquelle les théologiens de la seconde scolastique espagnole (Vitoria, Suarez), puis Grotius bâtirent la doctrine du droit international, cette doctrine qui devait connaître une fortune si exceptionnelle qu'elle trouva des échos jusque dans le prétoire de Nuremberg. « Tout ce qu'on peut exiger des nations entre elles, c'est qu'elles respectent certaines vertus, l'humanité, une disposition à la paix, la fidélité aux promesses conclues... », a écrit M. Villey aux fins d'illustrer par l'exemple de la vie internationale « d'autrefois » le cas de ces « communautés qui n'ont d'autre principe de coexistence que des lois communes de

---

<sup>53</sup> M. Villey, *Philosophie du droit*, 4<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz, t. 1, p. 68.

moralité »<sup>54</sup>. Il est dès lors remarquable que ce soient exactement ces mêmes « vertus » morales qui, pour n'avoir pas été observées au fil des siècles, ont fini par recevoir la sanction du droit en devenant règles juridiques (internes et coutumières) et qui encore, pour avoir été piétinées et bafouées, ont été enfin constatées par la loi pénale internationale, le statut du 8 août 1945<sup>55</sup>.

Rassemblant ainsi cette part de normes humaines qui sanctionne les devoirs moraux jugés indispensables, dans le but de protéger et de défendre les intérêts de la société qu'il régit, le droit pénal international peut-il satisfaire aux exigences du principe de la légalité criminelle ? La question ne peut être convenablement résolue tant que les éléments de réponse à lui apporter ne sont pas tous réunis. Il reste encore à apprécier les mécanismes propres à la technique juridique internationale pour les comparer à ceux de la technique juridique interne.

### C - La technique juridique et la légalité internationale

#### 1°) Exposé comparatif des mécanismes interne et international

Toute règle de droit pénal interne révèle, à l'analyse, une particularité qui la distingue des autres règles de droit, à savoir l'existence de ces deux éléments distincts auxquels il a déjà été fait de multiples références : la norme de comportement -c'est-à-dire l'incrimination- et la norme de répression, autrement dit, la sanction. L'incrimination, le plus souvent, se limite à la description d'une certaine conduite humaine (« quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol »), de laquelle dérive la définition de l'activité ou de l'abstention répréhensible et les éléments constitutifs de l'infraction (le vol est donc la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui). Quant à la norme de répression, y participe tout ce qui permet de tirer conséquence du caractère délictueux du comportement sanctionné par l'incrimination : c'est la peine, la rétribution que le législateur a entendu attacher à l'activité (ou à l'abstention) tombant sous le coup de la loi pénale.

Outre le fait qu'elle constitue une mesure de légalisme du droit pénal, l'indication d'une sanction se révèle d'une nécessité absolue pour l'efficacité de la règle de droit. Sans omettre sa fonction dissuasive, concrétisée par la pression qu'elle est censée exercer sur la volonté humaine, elle est encore

---

<sup>54</sup> M. Villey, *op. cit.*, t. 1, p. 58.

<sup>55</sup> Il est utile de rappeler le précédent de la première guerre mondiale et l'accusation de Guillaume II pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ».

d'une importance cardinale pour bien signifier que l'acte auquel elle est associée est plus qu'illicite ou immoral, mais criminel, et que la norme de comportement qu'elle complète renferme une valeur supérieure à la simple recommandation ou à la mise en garde ordinaire : ce qui marque le droit pénal du sceau de l'*impérium* et de la contrainte, c'est la rétribution de la peine.

En droit interne, la dissociation formelle de l'incrimination et de la sanction peut apparaître de façon plus ou moins accusée, selon que l'une et l'autre figurent dans un même texte de loi ou qu'elles font au contraire l'objet de deux dispositions séparées. En droit pénal international, cependant, elle devient un « instrument de méthode », constate C. Lombois, compte tenu des caractéristiques inhérentes à la discipline<sup>56</sup>.

Nous savons que les textes, en matière pénale, se limitent à déclarer les normes de droit portées par la volonté coutumière ; or la coutume, par définition informulée -partant, imprécise-, ne peut établir que des normes de comportement, et encore n'est-elle susceptible d'en donner qu'une idée générale, à charge, pour le texte qui la formulera, de la préciser dans tout le détail de ses injonctions. Par conséquent, s'il est possible de retirer d'un comportement général dans l'espace et continu dans le temps le contenu précis d'une incrimination (éléments constitutifs, faits justificatifs), il ne l'est pas d'en induire le montant, voire même le principe de la rétribution, sans « coutume de la transgression »<sup>57</sup> et de la sanction.

Comme l'a précisé C. Lombois, « la coutume, en matière pénale, est purement négative : elle consiste en comportements tels que le droit pénal n'a pas à s'appliquer. Elle accepte du droit pénal le rôle de prévention mais, par là même, ne saurait contribuer à élaborer les règles de son rôle sanctionnateur ». Et tel est le sens du particularisme de la légalité internationale, ajoute-t-il : « Elle exige un texte, mais pour la seule norme de comportement. Au moins, pour elle, ce texte est bien nécessaire, quand ce ne serait que pour bien marquer qu'un comportement est criminel et pas seulement illicite, distinction que la coutume ne fait pas apparaître nettement »<sup>58</sup>.

Le raisonnement, semble-t-il, vaut également pour les normes portées par les sources subsidiaires du droit international, en particulier pour ces normes *minima* de protection du droit à la vie et à l'intégrité corporelle dont le contenu se superpose à celui de la coutume. Voilà donc qui ne peut

---

<sup>56</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. 22.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 54.

totalelement souscrire aux exigences de la légalité criminelle.

## 2°) Principe de légalité et légalité internationale

En matière pénale, c'est à double titre que la proposition juridique demande à être précisément formulée. Le justiciable doit avoir été prévenu, avant d'agir, non seulement du caractère délictueux de l'acte qu'il se propose de commettre mais encore du montant de la peine encourue s'il transgresse les normes légales. Pour ce qui concerne la norme de comportement, le texte international est bien là pour en informer le délinquant potentiel. Néanmoins, des difficultés peuvent surgir, pour peu que l'on aspire à appliquer ses dispositions à des actes commis avant sa promulgation. Faut-il alors taxer ce texte de rétroactivité ? Assurément, puisque la rétroactivité est le propre des traités déclaratifs de droit dont chacun sait qu'ils se limitent à constater un état de droit antérieur, fermement établi par la coutume. Du moins et pour cette seule raison est-il possible d'affirmer que cette rétroactivité n'est pas critiquable, au regard de l'esprit -si ce n'est de la forme- de la règle de la légalité criminelle.

En revanche, la conclusion paraît beaucoup moins sûre pour ce qui concerne l'institution d'une norme de répression. Sans doute s'agit-il d'un élément indissociable de l'incrimination : la justice ne va pas sans glaive et la condamnation juridique d'un comportement postule l'application d'une sanction. Néanmoins, le texte international qui établirait une échelle des peines ou même qui se limiterait à en affirmer le principe, tout en en confiant la détermination à la juridiction (interne ou internationale) chargée de statuer ne serait plus seulement déclaratif, mais bien créateur de droit. Ce qui n'aurait rien que de très légitime, au demeurant, puisque les conventions internationales sont également sources de droit... à condition d'en réserver les dispositions aux actes délictueux susceptibles de se perpétrer dans l'avenir, c'est-à-dire postérieurement à leur promulgation. Décide-t-on de les appliquer aux fins de châtier des comportements qui les ont précédés dans le temps ? C'est alors que la situation devient extrêmement délicate, puisqu'elle révèle une rétroactivité qui, à l'inverse de celle dont est affectée la norme de comportement codifiée, ne peut, sur le même fondement, se justifier. Elle consacre en effet non seulement une méconnaissance de la règle *nulla poena sine lege* mais encore -et c'est le plus grave, compte tenu de la nature des normes formulées du droit international pénal- une violation de la maxime *nulla poena sine jure*.

Injustifiable est-il, en ce cas précis, synonyme de condamnable ? La question mérite réflexion tout autant, semble-t-il, que les réponses à lui apporter. De première part, il n'est pas inutile de rappeler que la règle de la

## Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?

légalité criminelle est dépourvue de toute valeur absolue et immuable ; elle ne représente, en définitive, qu'un principe général de justice qui, comme tel, doit être pesé au regard des autres principes de même nature avec lesquels il pourrait se trouver en conflit, de sorte que son application devrait être suspendue pour laisser place à ceux dont l'affirmation présente, pour la justice, un intérêt de valeur supérieure : *Summum jus, summa injuria*<sup>59</sup>, enseignait déjà Cicéron. En conséquence, il paraît inopportun en même temps qu'imprudent de fournir d'emblée un jugement péremptoire d'ensemble, là où la raison commande des conclusions objectives et nuancées, faites au cas par cas, en fonction et en connaissance de tous les éléments de la cause<sup>60</sup>.

Il reste, enfin, une dernière considération qui peut donner à méditer, tant elle permet de mesurer à quel point le principe de légalité se prête mal à une transposition de l'ordre interne à l'ordre international (en dehors, bien évidemment, de l'esprit de justice dont il procède). Ce qui pouvait déjà s'induire de ses justifications historiques et des implications qu'il produit dans son domaine d'élection s'impose avec plus d'acuité encore après l'examen de ce que R. Merle et A. Vitu ont dépeint comme sa « justification politique » :

« Les hommes vivent en société et celle-ci est une réalité indispensable ; mais il importe que la collectivité n'abuse pas des prérogatives qu'elle possède sur les êtres qui la composent : son pouvoir de maintenir l'ordre doit être contenu dans certaines limites qui garantissent la liberté et l'indépendance de chacun (...) »<sup>61</sup>.

Ainsi peut se concevoir et s'expliquer la distribution des rôles qu'organisent les ordres juridiques internes, la loi étant chargée de maintenir l'équilibre entre les intérêts de la société et les droits des citoyens, le principe de légalité constituant, pour sa part, une garantie supplémentaire au respect de ces derniers, une protection nécessaire à l'encontre de l'arbitraire éventuel du pouvoir. Mais quel serait ce pouvoir supérieur, dans la communauté formée de la juxtaposition des Etats souverains et de quelles prérogatives, en admettant qu'il existe, pourrait-il seulement user, avant même de parler d'abuser, à l'endroit de ses prétendus justiciables ? Par ailleurs il est prématuré, voire utopique d'invoquer un quelconque équilibre entre les

---

<sup>59</sup> La loi portée à l'extrême peut être source d'extrême injustice. Cicéron, *De officiis*, I, 10, 33.

<sup>60</sup> V. *infra*, titre II, pour la rétroactivité de l'incrimination et du châtement du crime contre l'humanité.

<sup>61</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 217.

intérêts propres de la société internationale, considérée comme entité distincte, et ceux des membres qui la composent. Bien au contraire, le commencement de droit que la première s'efforce d'instituer n'a d'autre but que de promouvoir, défendre et protéger ses valeurs essentielles contre l'arbitraire des seconds, c'est-à-dire les Etats souverains. Dès lors, on aperçoit tout ce qu'il peut y avoir de paradoxal à chercher sans cesse à mesurer le droit des infractions internationales à l'aune d'un principe de légalité fait pour garantir des droits quasi discrétionnaires en l'espèce, à grand renfort d'une loi écrite inexistante pour cause de mauvaise volonté des Etats, seuls sujets d'un droit international dont les normes pénales, de surcroît, ne sauraient par définition les contraindre.

Ce ne sont pas des Etats mais des individus qui, à deux reprises, ont été mis en accusation sur le fondement des infractions internationales. Ce sont des individus qui ont été condamnés et punis, en 1945, par une juridiction *ad hoc*, instituée pour les besoins exclusifs d'une grande cause : le châtimement des crimes perpétrés à grande échelle durant (et même avant) la seconde guerre mondiale. Il convient donc de revenir aux solutions concrètes et effectives décidées par les Alliés au lendemain du conflit le plus meurtrier de l'histoire contemporaine afin d'en apprécier le « légalisme » à la lumière des indications du droit international pénal et du droit international public.

## TITRE II

### LE FONDEMENT DU DROIT DE NUREMBERG : LA FORCE, LA VENGEANCE, LE DROIT ?

Le procès de Nuremberg ? Une « monstruosité juridique », peut-on lire sous la plume des plus virulents de ses adversaires, tandis que les plus modérés se contentent d'invoquer la loi de la jungle, l'application du talion ou le *vae victis*, à moins qu'ils ne se prononcent en faveur de la combinaison de ces trois facteurs critiquables, grossièrement dissimulés sous le manteau d'une procédure judiciaire. Il n'est pourtant nul besoin de se reporter à ce type de littérature pour connaître les reproches essentiels formulés à l'encontre du procès des principaux criminels. Tous figurent en effet dans les exposés introductifs des membres de l'accusation, qui les citent devant la juridiction internationale pour y puiser les arguments susceptibles d'en démontrer le peu de fondement. Faut-il s'en étonner, eu égard aux apparences ? Comme le souligna le procureur général britannique H. Shawcross, celles-ci pouvaient amener les esprits mal informés à douter du bien-fondé de la procédure, partant, à lui opposer des objections qui, de prime abord, pouvaient effectivement paraître plausibles.

Plausibles, sans doute l'étaient-elles au regard des nombreuses singularités qui avaient marqué, dès le départ et à chacune de ses étapes ultérieures, l'évolution de la justice répressive pratiquée à l'issue de la seconde guerre mondiale. Pour n'en citer qu'un exemple (et encore ne s'agit-il que du moindre), il suffit d'évoquer les conditions très particulières, pour peu qu'on les dégage de leur contexte émotionnel, de la conclusion et de l'application subséquente de l'accord de Londres. Nous savons que les Alliés décident alors -de façon unilatérale- de promulguer un traité relatif au châtement des principaux criminels en même temps qu'ils prétendent en obtenir l'exécution ; or ce traité n'a été ni signé, ni accepté par les représentants de l'Allemagne, de sorte que ses dispositions lui sont imposées en méconnaissance de la règle traditionnelle selon laquelle un traité international n'oblige que les parties contractantes, supposées y avoir librement consenti. Certains commentateurs, il est vrai, ont cru pouvoir retourner l'objection en avançant que l'acte de capitulation signé par l'Etat vaincu posait implicitement le principe de la répression, puisqu'il incluait

une clause de livraison des criminels de guerre aux Etats vainqueurs. On ne saurait pourtant y voir une légitimation de son exercice effectif, dans la mesure où le texte général ne comporte aucune indication relative à la procédure de mise en jugement des individus ainsi livrés aux Alliés, à l'inverse de la situation établie en 1919 par les articles 227 à 230 du traité de Versailles.

De nombreuses autres considérations y aidant, il n'était donc pas invraisemblable d'apprécier l'accord de Londres et le procès de Nuremberg comme une manifestation de force due à la victoire, ou pire encore, comme l'exercice d'une vulgaire vengeance, ce dernier grief se trouvant au surplus conforté par le fait que les Alliés ajoutaient, à leur qualité de vainqueurs, celle de victimes des crimes dont ils entendaient obtenir le châtement. Toutefois, la vraisemblance ou la plausibilité d'une conclusion ne démontre pas son exactitude, pas plus qu'elle ne l'entraîne *ipso facto*. Il semblerait au contraire qu'il faille se garder de porter des jugements prématurés au vu des seules apparences, dans la mesure où elles ne constituent pas un facteur d'appréciation ressortissant au cadre de l'analyse juridique, du moins dans le domaine proprement répressif. Cela dit, on ne saurait pourtant nier la réalité des doutes et des interrogations qu'elles ont pu engendrer, ne serait-ce qu'en raison de l'importance des polémiques dont elles ont alimenté les propos. Cette considération postule et justifie l'examen approfondi de leur véritable portée à la lumière du droit, sous l'éclairage particulier de l'évolution propre au droit international dans les hypothèses des règlements de conflits.

Comme le constatait une plume autorisée, « l'opposition est fatale entre les esprits attachés, de la meilleure foi du monde, à des formes et à une tradition dont la durée leur garantit l'excellence même quand elles éclatent ou tombent en poussière sous la pression des faits et ceux qui, tournés vers les réalités et préoccupés des problèmes de leur temps, cherchent à les résoudre et à en tirer des leçons pour l'avenir »<sup>1</sup>.

Toutefois, il ne suffit pas de constater l'esprit novateur de ceux qui, pour s'être résolument ralliés à cette dernière position, l'ont effectivement illustrée en 1945. Ce qui essentiellement importe, c'est d'en apprécier les fondements juridiques, eu égard aux critiques nombreuses dont elle a fait l'objet : la procédure menée contre les dirigeants allemands participait-elle de la victoire des Alliés et du droit de la force ? Constituait-elle une application de la loi du talion ou s'agissait-il, tout simplement, d'une manifestation audacieuse de la force du droit ? Afin de dégager l'exact fondement du droit de Nuremberg, il est nécessaire d'en décomposer les mécanismes, tant

---

<sup>1</sup> J. Graven, « De la justice internationale à la paix », *op. cit.*, p. 191.



## Le fondement du droit de Nuremberg

législatifs que judiciaires, pour les confronter au droit de la force (chapitre I) puis à l'application de la loi du talion (chapitre II).



## **Chapitre I**

### **Nuremberg, un droit de la force ou une manifestation de la force du droit ?**

Le général Roudenko, procureur général pour l'U.R.S.S. devant le Tribunal de Nuremberg, ouvrit son exposé introductif par les déclarations suivantes :

« C'est la première fois, dans l'histoire de l'humanité, que la justice se trouve en face de crimes commis sur une aussi vaste échelle, et qui ont entraîné des conséquences aussi graves.

« C'est la première fois que comparaissent devant un Tribunal des criminels qui ont accaparé un Etat entier et qui ont fait de cet Etat un instrument de leurs crimes monstrueux.

« C'est la première fois, enfin, qu'en la personne des accusés nous jugeons non seulement eux-mêmes, mais encore les institutions et organisations criminelles créées par eux, les « théories » et les « idées » de haine contre l'humanité qu'ils ont répandues, en vue de perpétrer des crimes conçus depuis longtemps contre la paix et contre l'humanité »<sup>1</sup>.

En 1945, on a donc appliqué la justice sur le fondement d'un texte déclaratif de droit, sans doute<sup>2</sup> ; mais texte également créateur de droit, d'une part à l'égard de la juridiction internationale chargée de statuer sur des responsabilités individuelles, d'autre part, en ce qu'il posait le principe de l'infliction de sanctions pénales aux accusés, ces accusés enfin dont le Tribunal retiendrait la culpabilité dans la commission des crimes énumérés en son article 6.

Différentes explications ont été fournies en doctrine aux fins de justifier la compétence législative et judiciaire ainsi appréhendée par les Alliés. Il n'est évidemment pas question de retenir celles d'entre elles qui, invoquant la monstruosité des forfaits reprochés aux dirigeants allemands, légitiment par là même l'attitude des puissances victorieuses, pas plus d'ailleurs que d'autres qui, prétendant à bon droit illustrer l'adage « un prêté pour un rendu » -autrement dit, la loi du talion-, dénoncent les procédures illégales et le mépris du droit et de la justice naguère affiché par les nazis pour les

---

<sup>1</sup> « Le procès de Nuremberg, exposés introductifs », *op. cit.*, p. 93.

<sup>2</sup> Le statut du TMI était bien déclaratif de droit à l'égard des incriminations.

brandir comme autant de justifications : elles ne font que conforter l'hypothèse critiquable de l'exercice arbitraire de leur suprématie par les Alliés. Par ailleurs et outre le fait que ces analyses ne reposent sur aucun argument proprement juridique, elles paraissent mal adaptées à leur objet. Eussent-elles été les véritables assises du droit de Nuremberg que leurs auteurs n'avaient nul besoin de procéder au châtement des grands criminels par la voie d'une justice organisée ; une procédure beaucoup plus expéditive, qui d'ailleurs avait été proposée dans le cadre de la recherche des solutions de la seconde guerre mondiale, y eut largement suffi. Beaucoup plus intéressantes, en revanche, apparaissent les théories qui font référence au droit de l'occupation et aux sources premières de l'« autorité suprême » proclamée en son principe puis conjointement exercée par les gouvernements des quatre Grands en Allemagne, à savoir les déclarations du 5 juin 1945. Nous procéderons à leur examen dans une première section aux fins d'en induire, peut-être même *a contrario*, la nature juridique du statut du Tribunal militaire international. La seconde aura pour contenu l'étude des fonctions judiciaires -corollaires de leur compétence législative- dont se sont acquittés les Alliés sur le fondement des mêmes textes.

#### ***Section I - La nature juridique de l'accord de Londres et du statut du 8 août 1945***

La capitulation sans condition signée par l'Allemagne constatait l'effondrement de l'empire national-socialiste en même temps qu'elle entraînait la prise de l'autorité suprême, partant, l'exercice des pouvoirs les plus étendus par les quatre puissances victorieuses sur tout le territoire allemand, y compris le pouvoir de légiférer sur le châtement des grands criminels de guerre. Il y a lieu de rechercher si le droit de l'occupation, tel qu'il est organisé par le droit international public est susceptible, à lui seul, de justifier chacune de ces compétences ou s'il est opportun, pour certaines d'entre elles, de pousser plus avant l'analyse, au-delà de la simple substitution des Alliés dans l'exercice des compétences internes et ordinaires de l'Etat défait.

##### *Sous-section I - Les textes fondamentaux : les déclarations du 5 juin 1945*

Du nouveau statut qui fut fait à l'Allemagne après la fin des hostilités dérivait un droit d'occupation fixé, pour l'essentiel, par les quatre déclarations alliées publiées le 5 Juin 1945. La première de ces déclarations constate la capitulation de l'Etat allemand, tout en précisant qu'« il n'existe pas en Allemagne de gouvernement central ou d'autorité centrale en état

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

d'assumer la responsabilité du maintien de l'ordre, de l'administration du pays et de l'exécution des exigences des puissances victorieuses » ; aussi les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, de France, de Grande-Bretagne et d'U.R.S.S. déclarent-ils « assumer l'autorité suprême à l'égard de l'Allemagne, y compris tous les pouvoirs détenus par le gouvernement allemand, par le haut commandement allemand et par tout gouvernement et autorité d'Etat, municipal ou local ». Mais il est bien spécifié que « la prise de cette autorité et de ces pouvoirs pour les buts ci-dessus exposés (c'est-à-dire le maintien de l'ordre, l'administration du pays et l'exécution des exigences des puissances victorieuses) n'a pas pour effet d'annexer l'Allemagne ».

Les deux déclarations suivantes ne contiennent aucun élément susceptible d'attirer particulièrement l'attention dans le cadre de la question qui nous occupe. Elles se limitent en effet à poser le principe de la division du territoire allemand en quatre zones d'occupation respectivement gérées par les commandants en chef désignés par chacune des puissances victorieuses. En revanche, il n'en va pas de même de la dernière dont les termes, aussi vagues soient-ils, méritent d'être cités dans la mesure où ils nous éclairent sur l'état d'esprit de ses auteurs. Les quatre Grands annoncent en effet qu'il est « dans leur intention de consulter les gouvernements des autres Nations unies en ce qui concerne l'exercice de l'autorité » dont ils se proposent d'assurer l'office en Allemagne.

Ces quelques indications étant posées, il y a lieu de revenir à la première déclaration du 5 juin pour subdiviser les propositions qu'elle inclut en deux catégories bien distinctes. De première part, il est clair que son contenu ne ressortit pas uniquement à la volonté discrétionnaire de ses auteurs, puisqu'il paraît leur avoir été dicté en partie par la situation concrète qu'ils découvrent dans une Allemagne effondrée, démunie de tout soutien étatique. De cette Allemagne, il n'est donc pas dépourvu d'intérêt d'apprécier le nouveau statut juridique, afin d'en induire la nature de l'occupation alliée effectuée sur l'ensemble de son territoire.

### A – Le statut juridique de l'Allemagne occupée

Pour expliquer la plénitude des pouvoirs saisis et exercés en Allemagne par les quatre puissances occupantes, certains auteurs ont avancé l'hypothèse d'une disparition pure et simple de l'Etat allemand. Il faut convenir que l'anéantissement de toute autorité centrale interne peut utilement conforter cette éventualité. Toutefois, subsistent encore dans le pays deux éléments susceptibles de la combattre puisqu'ils prônent, à l'inverse, la survivance de l'Allemagne comme sujet de droit international : il s'agit de sa population, à laquelle a été maintenue la nationalité allemande,

et de la non annexion du territoire, fermement affirmée par la première déclaration du 5 juin 1945.

Sans entrer dans le détail de la querelle doctrinale relative à la disparition ou non de l'Etat allemand, il paraît opportun de s'en remettre, pour résoudre brièvement la question, à l'intention à la fois tacite et explicite des Alliés à cet égard. A maintes reprises, ceux-ci ont affirmé, par l'intermédiaire de leurs représentants, le principe de la survivance de l'Allemagne en tant que sujet de droit. C'est ainsi que M. Hector Mac Neil, notamment, déclarait le 5 novembre 1945 devant la Chambre des communes britannique que « l'Allemagne n'a pas cessé d'exister en tant qu'Etat, bien que l'exercice de l'autorité suprême en Allemagne ait été assumé par les puissances alliées »<sup>3</sup>. Cette survivance, néanmoins, était assujettie à des conditions si particulières qu'elles aboutissaient, en fait comme en droit, à lui composer un statut juridique amputé, en quelque sorte, de l'essentiel des attributs généralement reconnus à ces sujets de droit international que sont les Etats : l'Allemagne subsiste sans structures politiques nationales, toutes les fonctions et prérogatives y afférentes étant conjointement exercées par les quatre nations occupantes.

Pour exprimer le particularisme de ce statut, diverses définitions ont émergé de l'activité doctrinale. S'inspirant d'une distinction retenue par le droit civil, certains auteurs ont déclaré que l'Allemagne était investie de la seule capacité de jouissance mais avait été dépouillée, par les Alliés, de sa capacité d'exercice. D'autres ont invoqué soit une séquestration, soit un transfert de sa souveraineté ; d'autres, enfin, ont défendu l'hypothèse d'une paralysie provisoire, d'une suspension de la souveraineté de l'Etat allemand<sup>4</sup>. En définitive et quelle que soit la valeur renfermée par chacune de ces explications, toutes parviennent à reproduire, d'une façon ou d'une autre, l'idée essentielle qui constitue la base de ce nouveau statut. Il suffit de la garder présente à l'esprit pour s'enquérir de la nature juridique de l'occupation effectuée, en vertu de la première déclaration du 5 juin 1945, par les quatre puissances victorieuses.

#### B - La nature juridique de l'occupation alliée

Le régime d'occupation institué par les déclarations de Berlin ne peut être apprécié, en un premier temps, que par référence aux schémas traditionnels de l'occupation militaire établis et réglementés par le droit international

---

<sup>3</sup> Voir H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 151.

<sup>4</sup> Ces différentes définitions sont exposées par H. Meyrowitz (*ibid.*), qui donne préférence à la dernière citée.

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

conventionnel et coutumier. Il n'est donc pas inutile d'en décrire brièvement les caractéristiques essentielles, de façon à vérifier si l'occupation de l'Allemagne, génératrice de l'« autorité suprême » saisie et exercée par les vainqueurs s'insère, ou non, à l'intérieur de l'un de ces mécanismes.

### 1°) Le droit commun de l'occupation militaire : principes généraux

Les règles juridiques gouvernant le droit de l'occupation militaire sont susceptibles, selon les circonstances, de le circonscrire dans le cadre de deux institutions distinctes, l'*occupatio bellica* et la *debellatio*, dite encore *subjugation* dans la terminologie anglo-saxonne.

L'annexion de l'Etat vaincu par l'Etat vainqueur, le transfert de la souveraineté du premier au bénéfice du second constituent les attributs fondamentaux de la *debellatio* ; ainsi privés de l'intégralité de ses prérogatives et de ses droits, l'Etat vaincu n'existe plus comme sujet de droit international. L'*occupatio bellica*, en revanche, obéit à des règles beaucoup moins draconiennes pour l'Etat vaincu, comme il ressort des articles qui lui sont consacrés dans le règlement annexé à la quatrième convention de La Haye<sup>5</sup>. Cette institution à usage précaire et limité dans le temps n'emporte pas transfert de souveraineté. Il en résulte seulement une amputation, au préjudice de l'Etat occupé, de certaines de ses prérogatives dont l'exercice, assumé par l'occupant, se justifie par les nécessités inhérentes au maintien de l'ordre public et à la protection des forces d'occupation en même temps que celle des habitants du pays. Néanmoins, le principe demeure de la continuité de l'ordre législatif et de l'ordre judiciaire précédemment en vigueur dans l'Etat occupé. Il est vrai que la formule relative au maintien de l'ordre public est suffisamment large pour permettre à l'occupant, s'il estime que celui-ci l'exige, de suspendre l'application de certaines dispositions légales, voire éventuellement d'en promulguer de nouvelles. Dans cette dernière hypothèse, cette nouvelle réglementation ressortit alors à son propre pouvoir étatique, non à celui de l'Etat occupé dont nous savons qu'il reste une personne morale de droit international public, en d'autres termes, un Etat souverain.

### 2°) Le régime exorbitant du droit commun de l'occupation : l'« autorité suprême »

L'exercice de l'autorité suprême en Allemagne ne constituait pas seulement la réponse à un choix délibéré des Puissances victorieuses ; comme nous avons déjà pu l'induire du contenu de la première déclaration

---

<sup>5</sup> Art. 42 à 56, IV<sup>e</sup> convention de La Haye.

de Berlin, il s'agissait également d'une affaire (impérieuse) de circonstances.

Du puissant Etat qu'était l'Allemagne nazie, il ne reste plus rien : tout son appareil politique a été anéanti dans la débâcle sans qu'il lui soit substitué un nouvel ordre allemand, si bien que le pouvoir étatique et les compétences qui lui sont rattachées se trouvent depuis lors sans détenteurs. En d'autres termes, il n'est plus ni gouvernement, ni constitution publique, ni même libre territoire allemands, ce dernier étant totalement occupé par les forces alliées. Sans doute la situation de fait s'apparente-t-elle à celle que réalise une *debellatio*. Cette qualification, pourtant, ne saurait être appliquée à l'occupation alliée de l'Allemagne en l'absence d'une condition essentielle, l'annexion du pays et la perte subséquente de sa personnalité juridique ; or l'Etat allemand subsiste comme tel, tandis que les Alliés n'interviennent dans son fonctionnement qu'à titre de puissances occupantes. Par ailleurs, le régime juridique de cette occupation ne ressortit pas davantage au cadre restreint d'une *occupatio bellica*, eu égard à l'étendue des pouvoirs exercés en Allemagne par les gouvernements vainqueurs. Ces derniers s'emparent de l'ensemble des compétences étatiques allemandes pour les utiliser de façon exclusive, cependant que l'institution de l'*occupatio bellica* se caractérise habituellement par un partage, une répartition desdites compétences entre les différents Etats intéressés, à savoir le vaincu et le ou les vainqueurs. L'occupation alliée a donc obéi à un régime spécial, affecté de caractéristiques propres dont il n'est pas indifférent de scruter la teneur pour en apprécier la légitimité.

Les « exigences des puissances victorieuses », dont la satisfaction est explicitement subordonnée à l'exercice de l'autorité suprême, ne se réduisaient pas seulement à la capitulation militaire de l'Allemagne non plus, d'ailleurs, qu'au châtimement des grands criminels de guerre. Entre la première de ces propositions -qui apparaît comme la condition *sine qua non* de la réalisation du programme établi par les Alliés- et la seconde -qui, semble-t-il, en constitue l'aboutissement final- s'insèrent en effet différents objectifs, inscrits et précisés dans le communiqué de la conférence de Yalta du 12 février 1945 : il s'agit notamment de la « destruction du militarisme allemand et du nazisme », autant que de l'« extirpation du parti nazi, des lois, organisations et institutions nazies », ce qui implique la volonté très nette, dans l'esprit de ses auteurs, non de « prendre la suite » de l'ordre politique et juridique allemand, provisoirement dépourvu de détenteurs internes, mais tout au contraire de réformer cet ordre en profondeur de façon à en modifier radicalement la physionomie pour l'avenir.

C'est ainsi que l'occupation de l'Allemagne a pris la forme et revêtu les caractères d'une occupation à buts politiques qui, pour n'obéir ni aux règles



## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

strictes d'une *debellatio*, ni à celles d'une *occupatio bellica*, ne souscrivait pourtant pas davantage aux dispositions du règlement annexé à la quatrième convention de La Haye. Cette dernière considération souleva d'ailleurs une polémique accessoire autour de la question de la sujétion ou de la non sujétion de l'occupation alliée aux lois et coutumes de la guerre, en particulier pour ce qui concerne le non-respect de la législation nationale-socialiste en vigueur et son remplacement subséquent par un nouvel ordre juridique interne<sup>6</sup>. Néanmoins, là ne se situe pas l'essentiel du problème. Le fait est que le document dont il s'agit fut écarté, de façon consciente et volontaire, par les gouvernements des Etats victorieux. Et qu'il l'eut été à cet égard ou à d'autres, il importe d'en rechercher les causes pour vérifier le fondement, partant, la légitimité de l'autorité appréhendée et exercée, par les Alliés, sur la structure et le fonctionnement internes du pays vaincu.

En premier lieu, ce fondement a été découvert dans le texte même du règlement annexé à la convention de 1907 qui, en son article 43, autorise les occupants à suspendre l'application des règles qu'il édicté en cas d'« empêchement absolu » ; or l'abrogation de la législation nationale-socialiste pouvait ressortir au cadre de la dérogation conventionnelle, cette législation ayant été instaurée en contradiction totale avec les principes les plus élémentaires d'humanité, de justice et de droit. Aussi intéressante fût-elle, cette explication n'a cependant pas totalement séduit H. Meyrowitz, dont le point de vue paraît également digne de retenir l'attention. Cet auteur a estimé que l'occupation alliée s'était placée en dehors du droit de La Haye en raison de la nature exceptionnellement et complètement néfaste de l'ordre politique et juridique qui avait caractérisé l'Allemagne nazie, « lequel [ordre] était une négation des principes d'humanité et de droit généralement reconnus, et avait permis l'atteinte la plus grave à la paix internationale ».

Ce n'est donc ni dans les buts de guerre de l'occupant, ni même dans l'article 43 précité qu'il faut rechercher la légitimation des pouvoirs absolus exercés par les Alliés, mais bel et bien dans l'ordre politico-juridique concret établi par les nazis en Allemagne, la suppression, ou mieux encore l'extirpation de cet ordre représentant « une mesure de droit dont la nécessité était reconnue par l'ensemble des Nations unies »<sup>7</sup>. Et c'est dans cette dernière direction qu'il convient, semble-t-il, de rechercher le fondement de la compétence législative exercée par les quatre gouvernements vainqueurs pour ce qui relève, plus précisément, de la promulgation du statut du 8 août 1945.

---

<sup>6</sup> Voir H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 140 à 145.

<sup>7</sup> H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 145 à 147.

*Sous-section II - La compétence législative des Alliés : subrogation interne ou délégation internationale ?*

Reprenons l'énoncé, riche d'enseignements, de la première déclaration de Berlin du 5 juin 1945 : la prise de l'autorité suprême, y compris tous les pouvoirs détenus par le gouvernement allemand a pour but, y apprend-on, de permettre aux Alliés d'assumer la responsabilité du maintien de l'ordre, de l'administration du pays et de l'exécution des exigences des puissances victorieuses, compte tenu de la carence effective de toute autorité centrale en Allemagne. De prime abord, l'idée essentielle qui paraît se dégager du texte est celle d'une substitution de personnes, d'une subrogation des occupants dans les droits, obligations et fonctions du gouvernement allemand pour en recueillir le bénéfice, la charge et l'exercice, faute de détenteurs internes. Pour mieux la comprendre, il est tentant d'établir le parallèle avec l'institution civile de la succession tombée en déshérence, faute d'héritiers ou de légataires universels. Autrement dit, l'autorité suprême ne serait autre que l'autorité nécessaire dont dispose, par définition, le pouvoir en place sur son territoire, son domaine d'application fort large participant de la qualité (de vainqueurs) et de la nationalité de ses nouveaux titulaires. Cependant, cette explication ne résiste guère à l'examen plus détaillé des objectifs divers énumérés par la déclaration et recouverts par la formule d'« autorité suprême ».

Les deux premiers de ces objectifs, c'est-à-dire le maintien de l'ordre et l'administration du pays ne soulèvent pas de difficultés particulières, en ce sens qu'ils relèvent directement de la mission élémentaire et fondamentale échue à tout gouvernement dès sa constitution. En conséquence, il n'est pas audacieux de prétendre, en cette double hypothèse, à une subrogation - rendue nécessaire par les circonstances- des Alliés dans les devoirs gouvernementaux liés au fonctionnement normal de l'Etat défait. En revanche, la question soulevée par « l'exécution des exigences des puissances victorieuses », cette dernière finalité poursuivie par les signataires de la déclaration et expressément visée par elle se révèle, à l'analyse, d'une tout autre complexité. Il importe donc d'en développer les thèmes en confrontant le contenu particulier de ces « exigences » aux compétences habituellement détenues par une autorité centrale interne.

Certes, « la destruction du militarisme allemand et du nazisme », de même que « l'extirpation du parti nazi, des lois, organisations et institutions nazies » ne constituent pas des propositions susceptibles de combattre réellement l'hypothèse d'une substitution alliée dans les fonctions d'un

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

nouvel ordre étatique allemand, à supposer qu'il s'en soit spontanément présenté un pour remplacer le précédent et qu'il ait été agréé par les Puissances occupantes. On peut en effet concevoir que l'œuvre de réformation entreprise sur une structure de type totalitaire et sur une législation fondée sur l'inhumanité et la cruauté, l'injustice et la discrimination raciale eut pu être le fait de cette nouvelle administration centrale, soucieuse de rétablir un régime démocratique à l'intérieur de ses frontières pour refaire de l'Allemagne un pays civilisé et un Etat de droit. Néanmoins, c'est de façon bien différente et ne laissant nulle place au doute que se présente la double fonction législative et judiciaire appréhendée par les quatre occupants, afin d'obtenir le châtimement des grands criminels de guerre. Selon la pertinente remarque de M. Merle, « la souveraineté exercée par les Alliés ne saurait raisonnablement être plus étendue que celle dont jouit normalement un Etat indépendant »<sup>8</sup>; or il n'entre pas dans le cadre des attributions d'une souveraineté interne de promulguer des lois internationales comme le statut du 8 août 1945, pas plus qu'il ne lui appartient d'instituer une juridiction de même nature (internationale), telle que le Tribunal militaire international de Nuremberg.

On ne saurait pourtant se limiter à poser cette nature internationale à la manière d'un postulat exclusivement fondé sur des déclarations de principes ou des assertions péremptoires. Voilà du reste qui donnerait matière à alimenter la thèse de l'arbitraire imposé aux vaincus, autant qu'il dériverait de la victoire alliée. Encore importe-t-il d'en établir l'authenticité à partir d'un ou de plusieurs arguments de texte susceptibles, sans nul conteste, d'en constituer les fondements juridiques. Ces arguments peuvent être dégagés à la fois de l'énoncé précité de la quatrième déclaration de Berlin et du corps même de l'accord de Londres.

Le 5 juin 1945, les représentants des quatre Grands proclamaient leur intention de consulter les gouvernements des autres Nations unies pour ce qui concerne l'exercice de l'autorité suprême qu'ils se proposaient d'assumer en Allemagne. Autant vaut dire qu'ils leur conféraient par là même un droit de regard -donc un droit à la critique, partant à la contestation- sur la façon dont ils entendaient régler la situation (largement entendue) du pays et celle de ses anciens dirigeants, ce choix librement consenti postulant logiquement, et renonciation aux prérogatives discrétionnaires du vainqueur, et exclusion de l'application du *vae victis*.

Que peut-on en conclure, sinon que les Alliés « se sont constitués gérants

---

<sup>8</sup> M. Merle, *op. cit.*, p. 77.

de la communauté universelle »<sup>9</sup> en vertu d'un mandat, opérant véritable délégation de son pouvoir législatif et judiciaire, dont elle les aurait gratifiés ? On se souvient que l'accord de Londres était ouvert à la signature de toutes les nations ; or dix-neuf d'entre elles y souscrivirent expressément tandis que les autres, en s'abstenant de protester au reçu de la communication du statut signifiaient, de façon tacite, leur approbation aux principes y contenus. Ceux-ci, du reste, devaient produire des ramifications par-delà le cadre limité des solutions répressives de la seconde guerre mondiale, puisque leur valeur fut constatée par l'O.N.U. dont l'Assemblée, dans une déclaration unanime du 11 décembre 1946, « confirmait les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce Tribunal ».

Peut-on encore raisonnablement soutenir l'assertion selon laquelle le statut du 8 août 1945 ne fut guère mieux qu'une manifestation, grimée de « juridisme », de la loi du vainqueur ? Faut-il rejoindre le camp de ceux qui, s'indignant du jugement international des grands criminels, l'ont dénoncé comme une application du droit de la force ou comme le lourd et inique tribut dont ils durent s'acquitter, pas tant en rétribution de leurs crimes qu'en contrepartie de leur défaite ? Assurément non, bien qu'il soit pourtant mal fondé que de vouloir dénier toute influence à la victoire et à la force sur l'adoption et la mise en œuvre des solutions répressives de la seconde guerre mondiale. L'une et l'autre y ont tenu le rôle de facteurs nécessaires dont la portée, indiscutable, doit être appréciée à son exacte valeur :

Nous dirons donc que le droit de Nuremberg a contribué au développement du droit des infractions internationales dont il a fait la première application,... aidé par la victoire et soutenu par la force. Sans la victoire des Nations unies sur l'Allemagne, la société internationale n'aurait jamais pu faire entendre sa voix ni surtout promulguer sa loi ; sans la force, elle n'aurait jamais pu en organiser la sanction. Le droit international pénal était alors condamné à demeurer lettre morte, comme ce fut le cas en 1919.

Mais la victoire ne suffit pas et la force n'a pas nécessairement raison, pas plus qu'elle ne peut, à elle seule, assurer la paix durable et le règne du droit international, déclarait avec raison le procureur général britannique dans le prétoire de Nuremberg<sup>10</sup>. Pascal l'a dit : « La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est

---

<sup>9</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Les leçons de l'histoire et le progrès du droit pénal international », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1951, p. 383.

<sup>10</sup> Sir H. Shawcross, Réquisitoire introductif au procès de Nuremberg, *op. cit.*, p. 43.

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force ; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste (...) »<sup>11</sup>.

### *Section II - Une juridiction internationale, le tribunal de Nuremberg*

Légitimer la promulgation de l'Accord de Londres sur le fondement du droit international n'a pas pour effet d'entraîner, par la même occasion, légitimation de la création d'une juridiction d'exception, le Tribunal militaire international. Cette création donna lieu à d'importantes polémiques que l'on pourrait, pour les plus notables, résumer de la façon suivante : quels sont ici les juges et d'où proviennent leur autorité et leur compétence ? Pourquoi avoir subordonné le sort des grands criminels à un traitement spécial, cela au prix d'une innovation qui ne s'imposait nullement, puisque l'application des règles ordinaires de compétence pouvait tout aussi bien y pourvoir ?

En réponse à ces interrogations, il est aisé de reproduire le passage du jugement dans lequel le Tribunal affirme que les puissances signataires « ont fait ensemble ce que chacune d'elles pouvait faire séparément », puisque « la faculté de sanctionner le droit par la création de juridictions spéciales est une prérogative commune à tous les Etats »<sup>12</sup>. Mais il ne suffit pas de le dire ; encore faut-il le démontrer en confrontant les règles traditionnelles admises en matière de répression des crimes de guerre –soit les règles de compétence législative et judiciaire– au particularisme du contexte juridico-politique en lequel se sont affirmées les solutions répressives de 1945 (sous-section I). Par ailleurs et même à établir la légitimité du tribunal, sa nature internationale a été mise en cause par certains commentateurs ; nous examinerons la pertinence de leurs arguments afin d'en induire la nature juridique du TMI de Nuremberg (sous-section II).

#### *Sous-section I - Le juge commun des infractions internationales : la répression des crimes de guerre*

L'innovation que constituait, en 1945, la répression internationale des crimes contre la paix a été ardemment débattue ; celle des crimes contre l'humanité le fut plus encore. En revanche, le châtimement des crimes de guerre, pourtant effectué dans les mêmes conditions, ne fournit guère matière à critique ou à discussion, du moins en son principe : c'est que la

---

<sup>11</sup> Pascal, *Pensées* : « La justice et la raison des effets », Manuscrit, p. 169.

<sup>12</sup> « Le procès de Nuremberg : le Verdict », Chapitre « Le statut devant le droit », *op. cit.*, p. 57.

faculté d'en déferer les auteurs à une juridiction répressive avait toujours été admise par la doctrine, non moins que largement utilisée dans la pratique internationale.

Il existait donc avant 1939 un droit positif de la répression des infractions internationales sur lequel devait nécessairement s'appuyer le droit effectivement appliqué au lendemain de la guerre. Il est vrai que l'exercice antérieur de cette compétence pénale n'avait jamais concerné qu'une seule des trois catégories de crimes portés à la connaissance du tribunal, celle des crimes de guerre. Son exposé et son examen n'en sont pas moins d'un intérêt considérable dans le cadre limité d'une étude limitée au crime contre l'humanité, compte tenu des liens étroits de parenté, voire même d'identification partielle que les auteurs du statut et après eux, les juges de Nuremberg ont entendu établir entre ces deux catégories d'infractions. Nous examinerons donc successivement les règles de la compétence judiciaire (A), puis celles de la compétence législative (B) en matière de crime de guerre.

#### A – La compétence pénale à l'égard des crimes de guerre : principes généraux

##### 1°) Les différents systèmes proposés par le droit international public

###### a) Le système territorial

Avant même 1914, il s'agissait d'une règle de droit international coutumier que la faculté, reconnue à tout Etat belligérant, de traduire devant ses propres juridictions et de châtier les combattants ennemis coupables d'infractions, au préjudice de ses nationaux ou de ses biens, aux lois et coutumes de la guerre : c'est ainsi que les tribunaux français se reconnurent compétents pour procéder au jugement des crimes de guerre commis, en France, par les membres des forces armées allemandes au cours de la guerre 1870-1871.

De coutumier, ce système de compétence répressive territoriale devint conventionnel lorsqu'il fut repris par les traités de paix de 1919. Ce sont notamment les articles 228 et 229 du traité de Versailles qui affirment le droit, au bénéfice des puissances victorieuses, de déferer à leurs tribunaux militaires les ressortissants des nations ennemies coupables de crimes de guerre. Pour faciliter la répression, obligation est faite à l'Etat vaincu de procéder à la livraison des individus réclamés par l'Etat vainqueur en qualité d'auteurs présumés de ces mêmes infractions : nous savons les vains efforts déployés en ce sens par les autorités françaises à l'issue de la première guerre mondiale et la solution de rechange, tout aussi vaine, à laquelle il

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

fallut se résigner devant la mauvaise volonté évidente de l'ancien adversaire<sup>13</sup>. En effet, si la préférence est concédée à la compétence de l'Etat victime, elle ne nuit en rien à la faculté traditionnellement reconnue à l'Etat vaincu d'assurer lui-même le jugement de ses ressortissants coupables de crimes de guerre.

Cela dit, les belligérants devaient bien vite se rendre à l'évidence : la compétence de l'Etat à l'égard des crimes commis sur son territoire pendant les hostilités -autrement dit, les crimes d'occupation- ne suffisait pas à assurer une justice pleinement efficace, dans la mesure où subsistaient de nombreux cas de crimes de guerre en marge de sa sphère d'intervention. Aussi le système territorial ne sera-t-il pas le seul à être reconnu par le droit international et admis par les législations internes relatives à la répression des crimes de guerre.

### b) La personnalité passive<sup>14</sup>

La compétence répressive de l'Etat à l'égard des crimes de guerre commis hors de son territoire à l'encontre de ses biens, mais surtout à l'encontre de ses nationaux était déjà sanctionnée par le droit international avant la première guerre mondiale. D'utile, elle devint d'une impérieuse nécessité en 1945, compte tenu du nombre effarant de ressortissants étrangers détenus à divers titres en Allemagne ou ailleurs : prisonniers de guerre, appelés du S.T.O., déportés politiques, raciaux ou religieux.

Sans doute, la détention de prisonniers de guerre en territoire allemand durant le second conflit représentait-elle un acte licite, au regard des normes internationales. Cependant, les individus ressortissant à cette catégorie pouvaient avoir fait l'objet d'infractions aux lois et coutumes de la guerre, telles que fusillades, mauvais traitements, absence de soins dus aux blessés et aux malades. Pour les autres, en revanche -notamment les déportés raciaux et religieux-, l'arrestation, l'enfermement et le transport en Allemagne ou en Pologne, qu'ils aient été ou non effectués dans les conditions les plus horribles, constituaient déjà des actes qualifiés de crimes de guerre. Dans cette hypothèse, il convient de noter que l'arrestation d'un Français effectuée en France, par exemple, permettait déjà à celle-ci de revendiquer la compétence pénale en vertu du principe territorial, sans qu'il lui soit nécessaire de faire appel au système de la personnalité passive.

---

<sup>13</sup> Après un an de multiples tergiversations, les procès furent organisés en Allemagne, mais ils ne furent que parodie de justice, eu égard aux acquittements scandaleux et aux peines minimales auxquels ils donnèrent lieu.

<sup>14</sup> Voir H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 161.

Néanmoins, subsistaient encore les cas - très nombreux - de réfugiés de nationalité étrangère ou apatrides, victimes des mêmes circonstances dans un territoire autre, pour les premiers, que celui auquel ils étaient rattachés ; or des raisons inspirées d'un sentiment d'humanité la plus élémentaire commandaient l'adoption, à leur endroit, de règles protectrices particulières<sup>15</sup>, apparentées au dernier système de compétence proposé par le droit international et déjà préconisé par Grotius, celui de la compétence universelle.

c) La compétence pénale universelle

A propos du devoir que constitue, en temps de paix comme en temps de guerre, l'intervention pour cause d'humanité des nations, Grotius reconnaissait aux souverains le droit de punir non seulement les « injures » qui les avaient personnellement affectés mais encore « celles qui ne les regardent point en particulier, lorsqu'elles renferment une violation énorme du droit de la nature ou de celui des gens envers qui que ce soit ». En langage contemporain, nous dirions que tous les Etats sont intéressés à la punition des délits qui blessent tout particulièrement les sentiments d'humanité et de justice, sans qu'il soit utile que ces délits aient été commis par un de leurs nationaux, ou sur leur territoire, ou encore à l'encontre de leurs intérêts et au préjudice de leurs ressortissants en pays étranger<sup>16</sup>. Le criminel, quel qu'il soit et où qu'il ait perpétré son crime, doit trouver son juge partout où il se trouve, dans toutes les hypothèses où son châtimement échapperait à l'application stricte des règles de compétence ordinaires.

Diverses conventions internationales ont ainsi appliqué le système de la compétence universelle à des infractions telles que le crime de piraterie, la traite des êtres humains en général, le trafic de stupéfiants ou le faux monnayage. Pour la plupart ratifiées par la France, ces conventions n'ont cependant pas véritablement retenu du principe dont il s'agit toutes les implications qu'il est appelé à produire lorsqu'il est appliqué dans toute sa plénitude, bien que l'idée essentielle demeure, celle de la vocation de punir de tous les Etats : le pays sur le territoire duquel le délinquant a été

---

<sup>15</sup> Ces règles ont été sanctionnées par la plupart des législations pénales des territoires anciennement occupés.

<sup>16</sup> Dans l'immense majorité des cas, il s'agira de crimes ou de délits internationaux. Toutefois, le droit international conventionnel a affirmé, à deux reprises, le droit d'intervention et le droit de punir des nations à propos de crimes commis ou ordonnés par un Etat à l'encontre de ses propres sujets : il s'agit du traité de Sèvres conclu avec la Turquie en 1919 (en rétribution du massacre de la population arménienne), et de l'accord de Londres du 8 août 1945.



## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

intercepté est simplement tenu de procéder à son extradition si demande lui en est faite, ou à son jugement si sa législation interne prohibe l'extradition des nationaux<sup>17</sup>.

La première convention qui a réellement inauguré le système de la compétence répressive universelle en l'appliquant à la violation de ses règles fut une convention qui participait des lois et coutumes de la guerre, le traité de Washington du 6 février 1922. Celui-ci dispose, en son article 3, que « les puissances signataires, désirant assurer le respect des lois humaines reconnues par le droit international qu'elles ont proclamé, relativement à l'attaque, la saisie et la destruction des navires de commerce, déclarent en outre qu'au cas où un individu au service d'une puissance quelconque, agissant ou non sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique, violerait l'une ou l'autre des règles ainsi adoptées, il sera considéré comme ayant violé les lois de la guerre et susceptible d'être jugé et puni pour un acte de piraterie ; il pourra être mis en jugement devant les autorités civiles ou militaires de tous les pays dans la juridiction desquels il sera trouvé ».

Pour conclure, ces différents systèmes constituent tous des règles de portée générale indifféremment reconnues par le droit international public, la question de leur choix, voire de leur combinaison à propos des solutions concrètes des conflits ressortissant aux dispositions internationales conventionnelles et aux législations internes.

### 2°) Les solutions de la seconde guerre mondiale : la déclaration de Moscou

C'est le système de la compétence répressive territoriale qui, le premier, a été affirmé par les nations alliées dès 1943. La déclaration de Moscou posait en principe que les criminels de guerre, exception faite de ceux dont l'activité ne pouvait être géographiquement localisée, devraient être renvoyés, après la guerre, sur les lieux de leurs crimes pour y être jugés et punis « conformément aux lois de ces pays libérés et des gouvernements libres qui y seront formés ». Il appartenait donc aux nations anciennement occupées par les armées allemandes de décider par elles-mêmes -mais en délégation, si l'on peut dire, de la loi internationale- des règles gouvernant la répression des crimes de guerre commis chez elles ou contre elles. C'est ainsi que les pays libérés légiférèrent sans qu'aucun d'entre eux ne limite la compétence de ses tribunaux aux seuls crimes d'occupation, eu égard aux considérations précédemment exposées. Tous l'étendirent à l'aide du

---

<sup>17</sup> Voir Levasseur et Decocq, « Compétence pénale », *Encyclopédie Dalloz*, 1968, p. 456.

principe, combiné avec celui de la territorialité, de la personnalité passive<sup>18</sup>, tandis que certaines législations, allant même au-delà de la protection des nationaux en territoire étranger, adoptaient de surcroît diverses dispositions susceptibles de constituer, dans quelque mesure, une application du système de la compétence universelle.

La plus significative à cet égard est l'ordonnance française du 28 août 1944 qui énumère, en son article premier, les catégories d'individus victimes de crimes de guerre à l'étranger assimilés, au regard de la répression, aux ressortissants français. Au sein de ses trois paragraphes, les deux premiers (a et b) ne présentent rien d'exceptionnel autant qu'ils visent respectivement les « protégés français » et les militaires servant ou ayant servi sous le drapeau français, ces personnes étant rattachées à la France par un lien suffisamment solide pour justifier l'extension, à leur endroit, de sa compétence répressive. En revanche, il n'en va pas de même des catégories désignées au paragraphe c, puisqu'il s'agit des apatrides résidant sur le territoire français avant le 17 juin 1940 ou des réfugiés sur un territoire français : quelle que soit la ténuité de leur relation avec la France, les auteurs des crimes dont ils ont été les victimes en Allemagne ou ailleurs deviennent, par le biais de cette disposition, justiciables de ses tribunaux, où qu'ils aient été interceptés et quand bien même faudrait-il obtenir leur remise d'un quelconque pays de refuge après lui avoir présenté une demande d'extradition<sup>19</sup>.

Pour légitimer la protection qu'il convenait d'accorder à ces victimes si particulières, nous excipions antérieurement de diverses raisons d'humanité et de justice. Sans doute ces raisons valent-elles dans l'hypothèse des réfugiés investis d'une nationalité, bien qu'il convienne de souligner que l'ordonnance de 1944 vient simplement se poser en relais de la loi, éventuellement défailante, de leur pays d'origine. Cette dernière considération pose ainsi l'éclairage sur la valeur supérieure qu'elles peuvent revêtir à l'égard des apatrides, pour la plupart anciens ressortissants allemands réfugiés sur le sol français avant même le début des hostilités et déchus de leur nationalité, pour ce qui concerne les Juifs, par un décret nazi du 25 novembre 1941. Pour apprécier la situation exacte qui est la leur, il suffit d'imaginer les familles entières, les groupes entiers d'individus persécutés, pourchassés et massacrés par leurs anciens compatriotes, en application de la loi du seul pays -celui de leur naissance, l'Allemagne-

---

<sup>18</sup> Par-delà l'ordonnance française du 28 août 1944, voir aussi la loi danoise du 12 juillet 1946, la loi belge du 20 juin 1947, le décret norvégien du 4 mai 1945 et la loi du 13 décembre 1946.

<sup>19</sup> Voir dans le même sens la loi belge du 20 juin 1947, art. 1.

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

auquel ils peuvent être rattachés. En conséquence et en dépit de leur apatridie, ils doivent être regardés comme des Allemands dès lors qu'il s'agit d'organiser la répression pénale des crimes dont ils furent globalement les victimes : autant vaut immédiatement conclure à l'impunité légale de leurs bourreaux, du moins si l'on s'en tient aux règles ordinaires de compétence.

Il y avait là un grave problème d'ordre moral qui devait recevoir les solutions suivantes : de ces crimes inspirés notamment par la discrimination raciale ou religieuse, l'accord de Londres du 8 août 1945 fera des crimes contre l'humanité. Cependant, l'ordonnance française le précède d'un an et intervient à une époque où le concept, bien qu'il soit déjà fortement pressenti, n'a pas encore fait son apparition sur la scène législative internationale. On ne sait comment saisir ces forfaits d'un point de vue juridique tout en ayant la conviction, d'un point de vue humain, qu'ils ne peuvent ni ne doivent rester impunis. Il est vrai que certains crimes ressortissant à la même catégorie ont déjà été assimilés aux crimes de guerre par la déclaration de Moscou de 1943 ; mais elle ne s'est guère préoccupée que des crimes d'occupation perpétrés contre les nationaux des puissances signataires.

Il convient donc de rendre hommage à l'ordonnance française de 1944, dans la mesure où elle va beaucoup plus loin dans le sens d'une juste répression. En faisant des réfugiés et des apatrides des « protégés français par décision de la loi », elle identifiera les seuls crimes contre l'humanité châtiés comme tels par le Tribunal militaire international aux crimes de guerre proprement dits, en effaçant du même coup la caractéristique essentielle de cette dernière catégorie d'infractions, mieux encore, sa condition première, à savoir la différence de nationalité entre les sujets actifs et passifs de l'infraction internationale.

Il reste à exposer et à analyser les principes relatifs à la compétence non plus judiciaire mais législative, pour ce qui concerne les manquements aux lois et coutumes de la guerre. Quelle que soit la juridiction désignée pour en connaître, quelle loi devra-t-elle appliquer pour apprécier les faits qui lui sont soumis, les qualifier et infliger une sanction pénale à leurs auteurs ? Les réponses à cette question feront l'objet du paragraphe suivant.

### B – La compétence législative ou la question de la nature juridique du crime de guerre

En matière de crime de guerre, la sanction ne peut jamais être puisée ailleurs que dans l'arsenal répressif de la juridiction chargée, le cas échéant, de l'appliquer à son auteur : qu'elles soient conventionnelles ou (et *a fortiori*) coutumières, les règles internationales ne connaissent pas de normes de

répression. La question de la compétence législative ne se pose donc pratiquement que pour l'incrimination du crime de guerre, soit la norme de comportement. Sa détermination, cependant, est susceptible d'interprétations différentes liées, comme il ressort de l'examen des deux grands systèmes pratiqués par les législations internes, à la nature juridique qu'elles reconnaissent à l'infraction. Tantôt celle-ci est définie par référence directe au droit international, conformément à la conception anglo-saxonne du crime de guerre. Tantôt elle l'est sur le fondement du droit pénal commun interne ; c'est la conception dite continentale du crime de guerre, retenue par les ordres juridiques légalistes et parfaitement illustrée par l'ordonnance française du 28 août 1944.

1°) Le système continental : le crime de guerre, infraction au droit commun des Etats

A cette première conception se rattachent les systèmes répressifs légalistes qui se bornent à assimiler les crimes de guerre, infractions internationales, à des infractions aux lois pénales internes en vigueur. A cette fin, il n'est pas nécessaire de reproduire la norme de comportement internationale à l'intérieur de chaque législation ; il suffit d'instituer des incriminations par renvoi dont la portée sera très souvent précisée par des dispositions interprétatives, limitées à la constatation de l'existence desdites incriminations.

a) Le mécanisme législatif

Les crimes de guerre sont traités comme des délits de droit commun dont la répression est envisagée sous l'angle unique du droit pénal interne. Tout acte d'hostilité par lequel est infligé un mal ou une souffrance à l'ennemi - voire à un ressortissant d'une nation ennemie- est censé réunir les éléments d'une infraction au code pénal, qu'il s'agisse d'un homicide ou de coups et blessures, de vol, etc. Néanmoins, la norme internationale reste intégrée à l'incrimination grâce à un artifice ingénieux, l'utilisation de la technique du fait justificatif.

Le crime de guerre est défini comme une infraction de droit commun que ne justifient pas les lois et les coutumes de la guerre. Celles-ci opèrent donc comme un fait justificatif comparable, par exemple, à l'ordre de la loi ou au commandement de l'autorité légitime du droit pénal interne, lorsque l'acte d'hostilité ne dépasse pas les limites qui lui sont assignées par la stricte nécessité militaire. Au-delà de ces limites, le fait justificatif disparaît et c'est alors qu'il y a crime de guerre, infraction à la loi pénale interne. En définitive, le fondement juridique du crime de guerre réside dans le droit

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

pénal commun des Etats, sous cette réserve importante qu'il souffre, en temps de guerre, certaines exceptions définies par le droit international. Ainsi, des actes normalement illégaux deviennent licites, eu égard à la justification qu'ils retirent des seules circonstances énumérées par les dispositions conventionnelles internationales.

Telles sont du moins les conclusions auxquelles étaient parvenus les juristes français confrontés, dès la première guerre mondiale, à la question de la répression des infractions au droit de la guerre commises, durant la période des hostilités, par les militaires ennemis sur le territoire national. Il était en effet aisé en même temps qu'ingénieux de constater, afin de contourner la difficulté inhérente au silence des textes internationaux en matière de répression pénale des crimes de guerre, que la quasi-totalité des actes commis en violation des lois et coutumes de la guerre l'étaient aussi des dispositions communes aux codes pénaux de toutes les nations civilisées. En conséquence, des tableaux destinés à opérer le rapprochement entre les deux séries d'incriminations -voire leur assimilation, si elles ne concordaient pas parfaitement entre elles- furent dressés à différentes reprises. Participant désormais de la tradition juridique française, cette technique inspira diverses dispositions, notamment ce texte déclaratif et interprétatif de droit pénal interne que constitue l'ordonnance du 28 août 1944. Pour assurer la répression de certains comportements illicites observés pendant les hostilités, le travail obligatoire et la déportation des civils y sont assimilés à la séquestration du droit pénal interne, selon les cas de figure susceptibles de se présenter. De la même façon, l'imposition d'amendes collectives ressortit au pillage tandis que l'exposition dans une chambre à gaz entre, par analogie, dans le cadre de l'empoisonnement.

### b) Examen critique

Les nombreux avantages que présente l'analyse du crime de guerre en une infraction de droit pénal interne ont milité en faveur de son adoption par les systèmes répressifs légalistes tels que le système français. Parmi ces avantages, on a surtout mis en avant le caractère harmonieux et utile d'une telle conception. De première part, il convient de noter l'association quasi automatique qui l'unit à l'idée de la territorialité de la répression. Soumettre les actes délictueux commis sur le sol national, durant son occupation par l'ennemi, au régime de droit commun, les considérer, par suite, comme de banales infractions au code pénal, justiciables des tribunaux nationaux et punissables selon les dispositions de la loi interne permet d'obtenir une unité appréciable entre la *lex loci delicti* et la *lex fori*. Par ailleurs, le juge bénéficie, dans cette hypothèse, d'une connaissance parfaite des règles qu'il

est chargé d'appliquer tout en disposant d'un catalogue répressif, assorti aux incriminations, à l'intérieur duquel il peut puiser la sanction méritée par le délinquant eu égard à l'ampleur de sa faute.

Quels que soient cependant les mérites de la conception continentale du crime de guerre, celle-ci n'en appelle pas moins des réserves, compte tenu de la place limitée qui est laissée au droit international dans cette perspective étroite de droit pénal interne. Relégué à l'arrière-plan des préoccupations législatives immédiates, il n'intervient plus qu'à titre de loi de référence, cette loi qu'il faut consulter pour établir l'existence ou l'absence d'un fait justificatif, a constaté l'un de ses commentateurs<sup>20</sup>. Dans le même ordre d'idées, M. Merle ne lui a reconnu qu'un caractère subsidiaire, seulement destiné à délimiter, en raison des circonstances de guerre, le champ d'application des lois pénales internes ; de ce fait, poursuit-il, le droit international est envisagé « comme un droit d'exception, au contenu négatif, qui joue par rapport aux dispositions du droit interne le rôle d'une grille ou d'un cache photographique »<sup>21</sup>.

Aussi séduisante fût-elle, la construction selon laquelle la norme internationale ne recèlerait que la valeur d'un simple fait justificatif limité d'infractions de droit commun ne pouvait donc pas échapper aux critiques. Pour affirmer qu'il s'agit là d'une théorie fautive, C. Lombois lui a tout d'abord reproché son caractère fictif : autant dire que « tous ceux qui participent à la guerre se trouvent en état de criminalité permanente, obligatoire... mais justifiée. Or les actes normaux d'hostilité sont licites, non point seulement justifiés. Nuire à l'ennemi, c'est, du point de vue du droit international, l'exercice d'une compétence ; du point de vue de la loi du drapeau, un devoir ; en tous cas, beaucoup plus qu'une justification »<sup>22</sup>. Reprenant et analysant la question sous un aspect différent, M. Merle a estimé, pour sa part, que « les conventions internationales réglementant la conduite des hostilités ne déclarent pas que certains crimes de droit commun sont exceptionnellement autorisés en temps de guerre. Elles énumèrent au contraire avec précision une liste d'actes interdits dont certains, comme le bombardement des villes ouvertes ou le torpillage des navires, n'ont aucun équivalent dans les dispositions du droit interne. Ainsi le droit international a un contenu positif, différent de celui du droit interne, qui se justifie facilement par son objet propre : la réglementation des rapports

---

<sup>20</sup> Voir H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 168.

<sup>21</sup> M. Merle, *op. cit.*, p. 145.

<sup>22</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. 123 et s., note 111.

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

internationaux »<sup>23</sup>.

Quant à ce défaut d'équivalence entre certaines prohibitions internationales et les normes internes, il a permis à C. Lombois de reprocher à la théorie en cause son insuffisance : cette faille explique sans doute le caractère quelque peu laborieux de certaines assimilations opérées par l'ordonnance de 1944, en même temps que l'aspect rétroactif des incriminations qui en ont résulté. Enfin, ajoute-t-il, le crime de guerre peut être constitué au regard des dispositions du droit international, sans outrepasser pour autant les limites de ce que le droit interne considère comme un acte d'hostilité justifié, à savoir la stricte nécessité militaire : à ces conditions n'échappent pas forcément, par exemple, les destructions matérielles ou humaines effectuées par armes bactériologiques ou chimiques, alors pourtant que leur emploi est prohibé par le droit international<sup>24</sup>. Autrement dit, il importe, en matière de crime de guerre, de distinguer entre la fin et les moyens, ce qui n'est pas toujours tâche facile. Aux difficultés engendrées par les imperfections d'un tel système échappe du moins la théorie anglo-saxonne du crime de guerre.

### 2°) La conception anglo-saxonne du crime de guerre, infraction aux lois et coutumes de la guerre

A cette seconde conception se rattachent les législations répressives moins legalistes dans lesquelles le crime de guerre, appréhendé en tant qu'infraction aux lois et coutumes de la guerre, fait l'objet d'une incrimination spéciale, autonome. On dit qu'elles « incorporent » le droit international, incorporation qui peut d'ailleurs être effectuée en vertu de deux procédés distincts :

- soit le législateur national édicte lui-même sa propre définition du crime de guerre qu'il inclut dans son code pénal ; ainsi, les crimes de cette catégorie qui viendront à être jugés le seront en vertu des dispositions de la loi interne, mais celle-ci s'est bornée à reprendre les normes conventionnelles internationales<sup>25</sup>.

- Soit l'incrimination est recherchée directement dans le droit international, sans qu'il soit nécessaire de passer par le « filtre » du droit pénal interne.

Bien évidemment, cette application directe (ou indirecte) du droit international ne concerne que la norme de comportement, l'incrimination

---

<sup>23</sup> M. Merle, *op. cit.*, p. 145.

<sup>24</sup> C. Lombois, *ibid.*

<sup>25</sup> Voir la loi yougoslave du 25 août 1945 et H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 170 et s.

telle qu'elle est portée par la norme conventionnelle ; mais encore doit-elle souscrire, selon un éminent auteur, à certaines conditions qui ne paraissent pas susciter de difficultés majeures<sup>26</sup> :

- En premier lieu, la règle internationale doit être suffisamment précise pour constituer une véritable incrimination. On ne saurait considérer comme telle, par exemple, celle qui se limite à fixer les objectifs de politique criminelle que les Etats devraient atteindre au prix d'une modification ou d'une adjonction formelle dans leurs propres législations.

- Par ailleurs, le contenu de la norme internationale ne doit pas se heurter aux exigences postulées par l'ordre public du pays qui l'aura incorporée.

On le voit, c'est bien le minimum que l'on demande au droit international..., cela dans l'unique mesure où on ne peut pas lui demander plus. Quant à la sanction afférente à l'incrimination, elle devra être découverte là où elle se trouve, c'est-à-dire dans l'arsenal répressif dont dispose le juge appelé à connaître des situations pénales constitutives de crimes de guerre. Néanmoins, la législation nationale de type anglo-saxon ne saurait être réduite, en vertu de ce second système, aux simples dimensions d'une « pourvoyeuse » de normes de répression totalement exclue, pour le reste, de la question législative des crimes de guerre. Comme le remarquait encore H. Meyrowitz, « quand les textes [internationaux] ne contiennent pas des dispositions spéciales, où les tribunaux militaires anglais, américains, canadiens, australiens prendront-ils, sinon dans leur droit pénal interne, les règles de droit pénal général -théorie de la tentative, de la complicité, de la responsabilité, etc.- sans lesquelles il leur serait souvent difficile de rendre la justice ? »<sup>27</sup>.

Quels que soient les avantages ou les inconvénients des conceptions et des règles sus décrites (qu'elles procèdent de la compétence législative ou de la compétence judiciaire), il faut toutefois convenir qu'elles ne s'appliquent qu'à la répression, envisagée sur le plan interne, des « petits » crimes de guerre, conformément aux indications, suivies et complétées par les législations nationales, de la déclaration de Moscou du 30 octobre 1943. L'exclusion du cas des grands criminels de son champ d'application<sup>28</sup> et le

---

<sup>26</sup> C. Lombois, *ibid.*

<sup>27</sup> H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 172.

<sup>28</sup> La déclaration de Moscou du 30 octobre 1943 portait en effet une innovation capitale en ce qu'elle différenciait deux types de répression, l'une applicable aux « petits » criminels, qui devaient être renvoyés sur les lieux de leur crimes pour y être jugés conformément aux lois de ces pays libérés, l'autre applicable aux principaux (*major*) criminels, dont les crimes ne pouvaient pas être localisés dans



## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

caractère exorbitant de droit commun des dispositions relatives à leur jugement engendrées, à la fin des hostilités, par la décision commune des Alliés laissent toujours subsister la question de leur bien-fondé, au regard des normes et des principes portés par le droit international : l'examen de cette question fera l'objet de la sous-section suivante.

### *Sous-section II - Les grands criminels et la juridiction internationale*

La décision des Alliés à propos du sort qu'il convenait de réserver aux anciens dirigeants du III<sup>e</sup> Reich agissait déjà, en question préliminaire, une alternative qui fut tranchée en faveur de la voie judiciaire. Mais cette première option, loin de clore la question, avait suscité de nombreuses difficultés dont les plus notables intéressaient directement la désignation de la juridiction compétente pour connaître des crimes reprochés aux accusés et la détermination du système législatif applicable.

Le double choix traditionnellement offert par le droit international public en matière de compétence législative et judiciaire a été résolument écarté par les juristes alliés au bénéfice d'une solution nouvelle, la création d'une cour de justice internationale régie par le droit des infractions internationales. Il importe de reprendre le cheminement de la réflexion juridique de 1945 aux fins de comprendre, voire même de légitimer ses aboutissants au regard des principes établis pour la répression des crimes de guerre (A). Cette analyse sera suivie d'un double examen, celui du fondement et de la nature juridiques du Tribunal international (B).

#### A – Le parti-pris de la justice : la Cour internationale et les causes de sa création

Avant d'accéder au titre peu enviable de « grands criminels », les dirigeants déchu du III<sup>e</sup> Reich n'étaient que des criminels de guerre dont le jugement pouvait théoriquement être organisé, selon les règles communes de la compétence, devant deux catégories de juridictions existantes : celles de leur pays d'origine, l'Allemagne, en vertu de la loi du drapeau, ou encore celles des nations victimes de leurs forfaits, en vertu de la loi territoriale, éventuellement complétée par le système de la personnalité passive. Les causes de l'exclusion de ces solutions traditionnelles constituent, en même temps qu'elles la justifient, la raison d'être du Tribunal militaire international de Nuremberg.

---

une zone géographique particulière. Ceux-là ont été jugés devant le Tribunal de Nuremberg.

1°) L'exclusion des compétences judiciaire et législative allemandes

A vrai dire, la solution consistant à engager des poursuites répressives contre les criminels de guerre (grands ou petits) devant les juridictions allemandes était peu envisageable à la fin des hostilités, voire à exclure d'office sans qu'il soit nécessaire d'en référer, pour cela, à l'exemple peu concluant de la première guerre mondiale. L'échec des rares procédures alors conduites en Allemagne sur le fondement de la loi allemande ne signifie nullement, d'ailleurs, que celle-ci ait été impropre à assurer cette tâche répressive : il faut simplement l'imputer à la mauvaise volonté des autorités responsables de l'ouverture de ces procédures, qui refusèrent de satisfaire à leurs obligations.

Il apparaît en effet que la reproduction d'un tel schéma n'est pas à craindre en 1945, puisqu'elle se heurte à une double impossibilité de fait et de droit : de première part, il n'existe plus d'Etat allemand ni d'organes propres à en assurer la représentation, partant, nul ordre juridique susceptible de tirer les conséquences judiciaires d'une reconnaissance de responsabilités individuelles. La carence qui en résulte ne tient donc pas à l'insoumission ou à la réticence des autorités nationales, mais à la disparition pure et simple de celles-ci. A ces circonstances de fait, il pouvait pourtant être remédié sur le fondement de l'autorité suprême assurée par les Alliés sur l'ensemble du territoire allemand, pourrait-on objecter. Forts de l'étendue des pouvoirs dont ils disposaient, les nouveaux occupants auraient pu aisément se substituer aux autorités nationales défailtantes, dans la tâche répressive qu'elles avaient la faculté d'exercer à l'égard de leurs nationaux.

Rejeté par toutes les nations intéressées au châtimeut des crimes de guerre, ce système devait l'être également -et *a fortiori*- par les puissances victorieuses pour ce qui concerne le jugement des crimes commis, dans l'exercice de leurs fonctions, par les dignitaires de l'Etat vaincu. L'application stricte des lois sous l'empire desquelles ces forfaits avaient été perpétrés -à savoir les lois en vigueur en Allemagne nazie- ne pouvait en effet conduire, contrairement à ce qui aurait pu se produire en 1919, qu'à l'acquittement de tous les accusés, dans la mesure où ils avaient agi en conformité et sur ordre de celles-ci. Désignés au châtimeut par la société internationale toute entière, les grands criminels devaient donc être jugés sur un autre fondement juridique que celui de leur loi nationale incapable d'assurer, sur le crime, la suprématie du Droit et de la Justice.

2°) L'exclusion de la compétence judiciaire individuelle des nations victimes

Le critère de différenciation sur la base duquel la déclaration de Moscou

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

avait exclu de son champ d'application la répression d'une certaine catégorie de crimes -ceux-ci faisant désormais de leurs auteurs des « grands » criminels, par opposition aux criminels « ordinaires »- se résume en quelques mots : leur absence de localisation géographique limitée à un, voire à deux ou à plusieurs territoires occupés déterminés, non qu'il ne s'en trouvât aucun répondant à cette exigence mais bien au contraire parce qu'il y en avait trop. Les pays désormais libérés de la férule allemande avaient tous eu à souffrir des crimes dont leur domaine national, leurs biens et leurs ressortissants avaient subi les conséquences. Ces crimes, certains individus les avaient personnellement commis (notamment les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité), mais d'autres les avaient ordonnés (y compris les crimes contre la paix), endossant par là même une responsabilité supérieure à celle de simples sbires.

L'une de ces nations pouvait-elle davantage qu'une autre revendiquer la compétence nationale pour procéder à leur jugement ? Fallait-il en désigner une, soit au hasard, soit sur le fondement d'un décompte macabre non moins qu'indigne, eu égard aux circonstances, pour lui conférer l'exclusivité de la répression ? De ces deux branches de l'alternative, il semblerait que la seconde ne fut même pas envisagée tandis que la première, pour n'être « ni normale, ni légitime », selon les mots de J. Graven, était repoussée par l'ensemble des nations. Quant à « répartir » les grands criminels de façon équitable, si l'on peut dire, entre les juridictions des différents Etats intéressés à la répression, voilà sans doute qui présentait un certain avantage, celui de satisfaire au principe traditionnel de la compétence territoriale ou à celui de la personnalité passive. Néanmoins, l'inconvénient majeur apporté en contrepartie était tel qu'il servit vraisemblablement de justification aux Alliés pour décider, en accord avec les autres Nations unies, de la création d'une Cour pénale internationale : à quoi pouvait aboutir le fractionnement de la compétence si ce n'est à « un pêle-mêle de solutions disparates (...) et à la diversité qui s'ensuivrait nécessairement dans l'application des peines, cela même si on adoptait le système de punir selon la loi du pays de la victime ? »<sup>29</sup>.

### B - La juridiction internationale, son fondement et sa nature juridique

#### 1°) L'institution du Tribunal : « l'évolution logique du droit »

Il s'en fallait de très peu que le Tribunal international ne vît le jour en

---

<sup>29</sup> G. Ottolenghi, « Le problème des criminels de guerre », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1946, t. 24, p. 6 et 7.

1919, plutôt qu'en 1945 ; en fait, il n'y manquait alors qu'une seule chose, la présence physique de Guillaume II, son unique accusé dont chacun connaît la fuite, puis le séjour prolongé aux Pays-Bas qui refusa de l'extrader lorsque demande lui en fut faite. C'est dire que l'idée n'était pas neuve d'instituer une telle juridiction, émanation de l'ensemble des nations, afin d'apprécier la responsabilité pénale des gouvernants. H. Donnedieu de Vabres a même parlé, à propos des solutions de la première guerre mondiale par référence à celles de la seconde, d'un « commencement d'exécution »<sup>30</sup>.

On ne saurait pourtant arguer de ce genre de considération pour légitimer la création effective et le fonctionnement subséquent du TMI. Il est indéniable qu'un grand pas en avant fut accompli en 1945, ce qui ne signifie nullement, pourtant, qu'il y ait là matière à s'indigner ; pour peu que l'on en décompose les mécanismes, ces solutions ne sont pas aussi extraordinaires que leur caractère inédit le laisserait de prime abord supposer.

En premier lieu, tous les Etats représentés dans la formation de jugement et toutes les autres Nations unies parties à l'accord de Londres avaient individuellement compétence pour connaître et juger des forfaits accomplis chez eux ou contre eux, par biens et nationaux interposés. La remise ou la délégation de leur pouvoir judiciaire à un tribunal international « n'apporte donc en soi aucune innovation au fondement légal de la justice à rendre », en a induit J. Graven, « tout en constituant un notable progrès dans la mise en œuvre de la procédure répressive étatique »<sup>31</sup>.

Par ailleurs, le jugement international des grands criminels de guerre se trouve encore conforté en son principe et justifié, *a contrario*, par l'idée qui anime le système de l'universalité de la répression. Nous savons que le droit international reconnaît à chaque Etat sur le territoire duquel le délinquant sera trouvé la faculté –et même le devoir, dans certains cas- de procéder à son arrestation et à son jugement, alors même que ledit Etat n'aurait pas directement souffert des actes criminels dont il assume ainsi la répression. Dès lors et en bonne logique, ce même droit international ne saurait *a fortiori* refuser à plusieurs Etats le droit d'organiser et de prononcer ensemble le châtiment d'individus dont les forfaits les ont personnellement affectés et lésés, quand bien même ne le préciserait-il pas.

Ces deux séries d'observations expliquent de façon suffisante la formule par laquelle le Tribunal militaire international justifie sa propre compétence, en indiquant que les puissances signataires « ont fait ensemble ce que

---

<sup>30</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.*, p. 481.

<sup>31</sup> J. Graven, « De la justice internationale à la paix », *op. cit.*, p. 202.

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

chacune d'elles pouvait faire séparément ». Il est d'ailleurs possible d'en conforter l'idée à l'aide d'une simple remarque émise par R. Jackson au cours de son exposé introductif lors du procès des grands criminels. Pour être moins juridique que les explications précédentes, elle n'en paraît pas moins digne de retenir l'attention, eu égard à la part de vérité objective qu'elle contient et au contexte très particulier dont il s'agit : « La véritable accusatrice est la civilisation », affirma-t-il, face aux « forces néfastes incarnées par les accusés ». La plaignante étant la société internationale toute entière, n'était-il pas logique, normal et légitime qu'elle institue, en si extraordinaire occasion, son propre tribunal ? Autrement exprimée, cette idée paraît étayer la conviction de H. Shawcross qui, prenant la parole à la suite de son homologue américain, analysa le jugement de Nuremberg comme une simple « évolution logique du droit »<sup>32</sup>.

Il reste toutefois à apprécier la véritable nature juridique de l'institution, compte tenu de la composition de la formation de jugement et de la compétence limitée qui lui fut concédée par l'accord de Londres et le statut qui lui est annexé.

### 2°) Le Tribunal de Nuremberg, une juridiction internationale ?

Tous les auteurs s'accordent à définir le tribunal des grands criminels de guerre comme une juridiction d'exception ou encore comme une juridiction de circonstance, créée spécialement pour les besoins de la cause. En revanche, la composition exhaustive de la formation de jugement, la compétence limitée qui fut la sienne à plusieurs égards et diverses autres singularités relevées lors de son institution et en cours de fonctionnement soulevèrent une querelle doctrinale relative à la détermination de sa nature juridique : le Tribunal militaire international répondait-il réellement aux critères d'une juridiction internationale, ou ne s'agissait-il pas plutôt d'une juridiction interalliée, voire d'une juridiction d'occupation créée par les vainqueurs pour châtier les vaincus ? Les arguments ne manquent pas pour étayer l'une ou l'autre de ces thèses contradictoires.

#### a) Le Tribunal militaire international, un tribunal interallié

Pérennité dans le temps, universalité de juridiction dans l'espace et à l'égard de tous les auteurs présumés d'infractions internationales sans discrimination aucune, telles doivent être les caractéristiques fondamentales d'une cour de justice internationale. Or à celles-ci, il est clair que le Tribunal de Nuremberg ne répondait pas, ce qui porta de nombreux auteurs à

---

<sup>32</sup> H. Shawcross, Exposé introductif pour la Grande-Bretagne, *op. cit.*, p. 57.

conclure à un détournement de dénomination : abusivement qualifiée de « Tribunal militaire international » par ceux qui l'avaient instituée, la Cour de Nuremberg ne fut qu'un tribunal tout au plus interallié, a-t-on dit, mais certainement pas international, du moins selon la véritable acception du terme.

La première considération susceptible de conforter l'assertion trouve son siège, dès l'origine, dans l'accord de Londres lui-même. Bien qu'il s'agisse d'un traité international, celui-ci, pourtant, omet de compter au nombre des parties contractantes l'Etat à la charge duquel il impose des obligations, à savoir l'Allemagne ; or la volonté des Etats justiciables de la répression (par ressortissants interposés) est une condition essentielle de la création d'une juridiction internationale, en l'état actuel du droit international.

Par ailleurs, la double limitation de compétence imposée au Tribunal par les dispositions de sa charte apparaît d'autant plus singulière que le for international a vocation, par principe, à l'universalité de la répression. *Ratione loci*, la juridiction de la Cour de Nuremberg n'est appelée à embrasser que les forfaits commis par les criminels des pays européens de l'Axe<sup>33</sup>. Voilà qui s'accommode mal à la dénomination de « Tribunal militaire international », laquelle laisse entendre que les criminels des puissances alliées elles-mêmes, parties à l'accord, soient également soumis à la répression. Ce caractère unilatéral est d'autant plus regrettable qu'il donne une pénible impression de « justice à sens unique », incompatible avec l'idée de justice tout court.

Quant à la seconde restriction apportée à la juridiction du Tribunal, elle a trait aux infractions susceptibles d'être portées devant lui lors du premier procès organisé à Nuremberg. *Ratione materiae*, seuls les crimes définis dans le statut et commis au cours de la seconde guerre mondiale par les grands criminels sont soumis à la connaissance du prétendu for international, cette circonstance étant de nature à influencer sur le caractère temporaire de son institution. Sans doute, la charte ne pose-t-elle aucune disposition explicite à cet égard, mais il est clair que le Tribunal est appelé à disparaître sitôt qu'il n'y aura plus de grands criminels à juger (criminels allemands, s'entend, durant la période 1939-1945). Or la permanence dans le temps devrait être le propre d'une organisation répressive de nature internationale.

Enfin et surtout, la formation de jugement ne comporte ni magistrats

---

<sup>33</sup> Il est vrai que les Alliés avaient institué, dans les mêmes conditions, un Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ; cependant, les deux juridictions fonctionnent de façon très indépendante l'une de l'autre et elles n'assurent pas, même considérées ensemble, l'ubiquité de la répression.

## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

allemands, ni juges ressortissants de nations neutres, compte tenu de sa composition exclusivement alliée. En conséquence et une fois de plus, l'élément international fait défaut ; pire encore, les signataires de l'accord de Londres apparaissent comme juges et parties dans leur propre cause, ce qui a conduit les critiques à s'interroger sur la véritable nature juridique de la Cour. Selon M. Merle, il s'agirait d'une juridiction interalliée. Partageant cette conviction mais poussant plus avant l'analyse, d'autres auteurs en ont tiré deux variantes opposées, fondées sur les raisonnements suivants :

- Soit le Tribunal des grands criminels est une juridiction nationale des pays vainqueurs, dans la mesure où ils tirent de la capitulation sans condition de l'Allemagne « une extension de leur compétence internationale sur le territoire et la population des vaincus »<sup>34</sup> ;

- Soit ce même Tribunal est une juridiction nationale du pays vaincu, par suite, une juridiction allemande « dont la compétence internationale [est] exercée, par représentation, par les vainqueurs »<sup>35</sup>.

Cela étant, la thèse internationaliste trouve également de nombreux défenseurs et des justifications supérieures, semble-t-il, aux faiblesses mises en lumière par les tenants de la théorie que nous venons d'exposer.

### b) Le Tribunal militaire international, une juridiction internationale

La critique relative au caractère sélectif, partant, limité de la juridiction du tribunal ne souffre, il est vrai, aucun argument susceptible d'en atténuer les effets ; néanmoins, le débat reste ouvert à l'égard des autres justifications invoquées à l'appui de la thèse nationaliste. De première part, l'acte juridique par lequel le Tribunal a été institué est un traité international, quoi qu'en disent ceux qui voudraient exciper du défaut de l'Allemagne en tant que partie signataire pour lui dénier cette qualité. Plutôt que d'induire de cette particularité des conclusions définitives, il paraît bien plus raisonnable de se demander *qui* pouvait représenter l'Etat allemand au lendemain de sa capitulation et *quelle* Allemagne pouvait être représentée à l'accord de Londres : subsistant comme sujet de droit international, elle n'en demeure pas moins totalement défaite et dépourvue de toute autorité centrale interne, circonstances de fait auxquelles les Alliés ont du remédier par la prise de l'autorité suprême sur l'ensemble du territoire. Dès lors, il est déjà permis de considérer que le Tribunal militaire international a été institué par un traité « dans lequel les vainqueurs auraient, pour ainsi dire, contracté avec eux-mêmes en leur double qualité d'Etats souverains, personnellement parties, et

---

<sup>34</sup> Voir C. Lombois, *op. cit.*, p. 137.

<sup>35</sup> *Ibid.*

de représentants des Etats vaincus »<sup>36</sup>.

Quant à la question soulevée par la composition de la formation de jugement, eu égard à l'exclusion d'éventuels magistrats allemands ou ressortissants de pays neutres dans le second conflit, il convient là encore de l'examiner sous un éclairage différent pour en percevoir l'intégralité des rouages ; en effet, il semblerait que la solution contraire eût été de nature à créer plus de difficultés qu'elle n'en aurait résolues.

En premier lieu, le simple fait de désigner des juges de nationalité allemande constituait déjà un problème en soi -problème à relier au processus de dénazification-, dont l'hypothétique solution pouvait engendrer de nouvelles complications d'ordre à la fois juridique et pratique. Ces magistrats se seraient eux aussi trouvés juges et parties dans leur propre cause, selon un commentateur qui, à propos de l'absence de représentants de pays neutres, s'interroge sur leur mode de désignation et le titre auquel ils eussent été appelés à siéger : « la condamnation de la guerre d'agression au procès de Nuremberg n'impliquait-elle pas la disparition de la notion traditionnelle de neutralité et, par là même, la critique de l'attitude des Etats neutres qui s'étaient abstenus de participer aux opérations militaires contre l'Etat coupable? »<sup>37</sup>. Autrement dit, la composition du Tribunal était conditionnée par une option entre les deux branches, aussi peu satisfaisantes l'une que l'autre, de l'alternative qui se présentait aux Alliés : autant en conclure qu'entre deux maux ils choisirent le moindre, comme les y autorisait leur position de vainqueurs.

Par-delà ces justifications fondées, il est vrai, sur le raisonnement *a contrario*, il existe, enfin, de nombreux éléments positifs propres à soutenir et à renforcer la conviction relative à la nature internationale du Tribunal. Pour revenir sur sa composition, sans doute ne comporte-t-il que des juges « sélectionnés », eu égard à leur nationalité, mais tous placés, en tout état de cause, sur un pied d'égalité strictement respecté : les décisions sont prises à la majorité des voix avec prépondérance accordée, en cas de partage, à celle du président. Le Tribunal ne constitue donc pas l'émanation d'une seule souveraineté, mais celle d'une commission de plusieurs, laquelle déclare de surcroît agir dans l'intérêt de tous et a reçu pleins pouvoirs à cet effet. Si à cette argumentation nous ajoutons que les crimes imputés aux accusés sont considérés et traités comme des infractions internationales, puisque le droit applicable est du droit international, cela suffit-il à faire du Tribunal de Nuremberg une juridiction internationale ?

---

<sup>36</sup> V. C. Lombois, *op. cit.*, p. 137.

<sup>37</sup> M. Merle, *op. cit.*, p. 88.



## Nuremberg : droit de la force ou manifestation de la force du droit ?

C. Lombois s'est prononcé en faveur de l'affirmative, en défendant la thèse selon laquelle « les Etats vainqueurs doivent être considérés comme un gouvernement international, établissant, au nom de la société internationale qu'ils représentent, une institution internationale (...) ». Formellement, ajoute-t-il, « les quatre Grands ont pris soin de bien distinguer ce qu'ils accomplissaient « au nom des Nations unies » (déclaration de Moscou et accord de Londres) de ce qu'ils décidaient en leur qualité de « gérants » des compétences étatiques allemandes (loi n° 10 du Conseil de contrôle). Il est vrai que l'intention des auteurs d'un acte ne saurait suppléer leur compétence. Mais cette compétence de législateur international peut leur être reconnue, la société internationale ayant ratifié ce qui avait été fait en son nom. « Car l'O.N.U., personnification de la société internationale, a confirmé les principes de Nuremberg comme des principes de droit international : ce qui ne pouvait être qu'une approbation de la constitution même de ce tribunal. Et il est inutile de se demander si l'O.N.U. a bien une compétence de législateur international puisque, par chance, cette résolution-là fut unanime », conclut-il<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> C. Lombois, *op.cit.*, pp.137 et 138.



## Chapitre II

### La justice rendue à Nuremberg, une application de la loi pénale ou la loi du talion ?

La vengeance, tel est cet autre fondement que d'aucuns ont cru pouvoir attribuer au droit de Nuremberg pour en faire la critique, partant, le désaveu. Tout d'abord, a-t-on dit, le jugement instituait une responsabilité pénale en un domaine qui ne connaît que la responsabilité civile des Etats, si l'on peut ainsi qualifier l'obligation à réparation qui demeure la « sanction » classique du droit international public. Qui plus est, cette nouvelle responsabilité est supportée par des individus, les « grands criminels », alors que le droit international ne connaît, pour seuls sujets, que des Etats souverains. Enfin et surtout, l'application du droit pénal -puisque telle se prétend la procédure menée devant le Tribunal de Nuremberg- présuppose le respect de certains principes qui lui sont inhérents, notamment le principe de légalité des délits et des peines; or à celui-ci ne souscrit ni l'accord de Londres, ni le jugement mené selon ses directives. Au vu de ces diverses anomalies et pour ne s'en tenir qu'à celles-ci, il était aisé de conclure que le procès de 1945 n'avait pris du droit que le nom et l'apparence ; que si fondement il y avait, en dehors ou même au-delà du *vae victis*, il devait être recherché dans une direction opposée à la voie menant au droit pénal, celle de la vengeance.

Si ce grief vaut, il ne vaut pas seulement contre la justice rendue à Nuremberg mais contre une justice pénale quelconque, a répliqué H. Donnedieu de Vabres. Et il ne fallut à l'auteur que deux phrases pour expliquer tout ce qu'il pouvait y avoir d'absurde à tenter d'opposer, de façon si radicale, deux concepts unis par un lien de filiation évident : « Il n'y a pas de justice qui n'ait à son origine la vengeance, individuelle ou collective, comme en témoigne l'expression populaire de « vindicte sociale ». Dès lors que les transformations techniques et sociales de la guerre rendaient intolérable l'anarchie étatique, caractéristique des époques révolues, dès lors que s'est avérée la nécessité d'une « société des nations », d'une « organisation des nations unies », un régime sanctionnateur s'imposait

aussi, parce qu'il est un élément essentiel d'une société quelconque »<sup>1</sup>.

Il paraît cependant nécessaire de reprendre un à un les arguments ci-dessus exposés pour en démontrer le peu de fondement. En effet, ils procèdent d'une méconnaissance certaine des mécanismes spécifiques du droit international et de ses modes particuliers d'élaboration, non moins que d'une confusion entre les diverses procédures susceptibles d'application dans les relations internationales. Nous examinerons donc, en une première section, les conditions de mise en œuvre du droit international, à savoir les principes de la responsabilité internationale tant civile que pénale. La section suivante sera consacrée au justiciable du droit des infractions internationales.

### *Section I - Les conditions de mise en œuvre du droit international : la responsabilité*

Le droit international constitue un ordre juridique de la même façon que le droit national, en ce sens qu'il édicte des normes obligatoires dont la méconnaissance entraîne, pour son auteur, certains effets juridiques socialement organisés, les « sanctions internationales ».

On ne le dira cependant jamais assez, il convient ici encore de ne pas tomber dans l'erreur commune consistant à transposer purement et simplement les techniques utilisées par les systèmes parvenus à un degré très élevé de perfectionnement -les législations internes- en un domaine qui, par la force des choses, ne peut en faire usage. Tout ordre juridique quel qu'il soit constitue invariablement l'expression, le reflet de la vie d'une société donnée ; ainsi en est-il du droit international qui apparaît comme une discipline essentiellement primitive, eu égard à l'organisation très incomplète de la société qu'il est appelé à régir et dont les faiblesses constituent autant d'entraves à la mise en jeu d'une responsabilité, du moins selon les procédures connues du droit interne. Aussi faut-il admettre l'existence de mécanismes spécifiques au droit international et, par ailleurs, opérer la distinction nécessaire entre les deux catégories de « sanctions » qu'il est susceptible d'organiser, compte tenu des structures fondamentales de la société internationale.

Dans tout ordre juridique, un agissement illicite, c'est-à-dire contraire à une disposition impérative de droit positif peut donner naissance, de façon générale, à diverses conséquences de fait, partant à certains effets de droit : si

---

<sup>1</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes... », *op. cit.*, p. 483 et 484.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

l'acte répréhensible a causé un dommage à autrui, son auteur se verra imposer l'obligation de réparer ce dommage aux fins de satisfaire aux intérêts privés de la partie lésée. Mais il peut se produire que ce même acte ait occasionné, par-delà le dommage ou même indépendamment de celui-ci un trouble, une atteinte à l'ordre public institué par la société. Dès lors, son auteur court le risque de se voir infliger une sanction pénale, ordonnée dans un but d'intérêt non plus privé mais général et prononcée au nom d'une société qui défend ses principes.

Tandis que l'obligation à réparation est traditionnellement admise par le droit international public comme la sanction classique de la discipline et le bastion traditionnel des relations internationales, l'institution d'une responsabilité pénale a soulevé d'énormes difficultés, en ce domaine -la société internationale- qui ne connaît ni législateur, ni juges, ni gendarmes et dont les membres originaires, les Etats, sont les seuls sujets de droit. Elle s'est aussi heurtée à de nombreuses résistances, tant politiques que juridiques, ce qui peut expliquer le caractère empirique des solutions adoptées ou appliquées, sous la pression de la nécessité, à l'issue des deux conflits mondiaux. Du moins cette évolution difficile recèle-t-elle un enseignement : une telle institution ne peut voir le jour qu'au prix d'une profonde remise en cause de toute une conception du droit international, celle qui avait cours jusqu'à la première guerre mondiale et à laquelle correspond précisément la doctrine de la responsabilité civile de l'Etat exclusive de toute autre. Au demeurant, il suffit de procéder à l'exposé comparatif et successif, à travers leurs particularismes propres, de l'obligation à réparation (sous-section I) et de la responsabilité pénale internationales (sous-section II) pour en trouver aussitôt la confirmation.

### *Sous-section 1 - L'obligation à réparation : la responsabilité civile de l'Etat*

L'obligation à réparation constitue une sanction d'ordre civil et la sanction classique du droit international public, à travers celles de ses dispositions qui ont pour fonction d'organiser la vie des membres de la communauté internationale. De longs développements ne s'imposent guère à son propos, tant son principe demeure depuis très longtemps incontestable et incontesté dans la sphère interétatique, ainsi qu'ont pu l'attester à maintes reprises de nombreux arrêts de la Cour permanente de justice internationale ; selon la formule désormais consacrée, « c'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de

réparer dans une forme adéquate »<sup>2</sup>. Il suffira simplement de préciser que la réparation ne revêt qu'un caractère compensatoire, exclusif de tout attribut répressif, et qu'elle tient davantage de l'obligation secondaire -puisqu'elle se substitue à l'obligation primaire non exécutée- que de la véritable sanction juridique plus ou moins comprise, dans le langage courant, sous une acception voisine de « coercition ».

Des mesures coercitives, on n'en trouve guère, en effet, au sein des mécanismes de mise en jeu de la responsabilité civile de l'Etat. Pour ce faire, encore faudrait-il qu'il existe une autorité qui lui soit supérieure et qui ait le pouvoir de l'« obliger », au besoin par la force, à respecter ses engagements primaires ou du moins à remplir, en cas de non-exécution, son obligation à réparation. Autant vaut donc immédiatement constater son défaut pour en tirer les déductions suivantes : plutôt que d'invoquer une véritable « obligation à réparation », il serait beaucoup plus exact de parler d'un simple « droit à la réparation » organisé par le droit international au bénéfice de la partie lésée, sa satisfaction étant étroitement subordonnée au bon gré de la partie responsable. En d'autres termes, cette dernière n'est reconnue débitrice que d'une obligation secondaire d'ordre moral comparable, à peu de chose près, à l'obligation naturelle du droit civil interne. En effet et même en supposant que l'Etat coupable admette sa responsabilité dans la production d'un résultat dommageable pour un autre Etat, il n'est pas acquis qu'il soit prêt, de ce fait, à souscrire à n'importe quelle demande en réparation formulée par celui-ci ; un accord devra être conclu entre les parties quant aux modalités de la compensation réclamée par l'une et acceptée, en son principe seulement, par l'autre.

La responsabilité civile de l'Etat est donc une responsabilité qui se négocie, le plus souvent en termes comptables puisque la réparation la plus courante consiste en une indemnité pécuniaire dont le montant sera calculé selon la règle de la stricte équivalence. Selon la Cour permanente d'arbitrage, « les diverses responsabilités des Etats ne se distinguent pas les unes des autres par des différences essentielles (...) ; Toutes se résolvent ou peuvent finir par se résoudre dans le paiement d'une somme d'argent »<sup>3</sup>.

De la situation ainsi engendrée par la méconnaissance des obligations internationales paraissent se dégager, à première vue, trois séries de conclusions lourdes de conséquences. D'une part, le fait que l'obligation à

---

<sup>2</sup> C.P.J.I., arrêt du 26 juillet 1927.

<sup>3</sup> Cour permanente d'arbitrage, sentence du 11 novembre 1912 (Affaire de l'indemnité de guerre turque envers la Russie). Voir C. Rousseau, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 130.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

réparation soit abandonnée, dans une large mesure, au gré de l'Etat responsable peut constituer un argument de choix susceptible de conforter les théories volontaristes échafaudées à partir du droit international par certains auteurs. L'ordre juridique international serait fondé sur le consentement réciproque des Etats ou encore, ce qui revient au même, sur un contrat tacitement conclu entre les membres de la communauté internationale, de sorte qu'ils seraient soumis à ses prescriptions dans l'unique mesure où ils l'auraient accepté. Du reste, les caractéristiques essentielles des deux principales sources du droit suffisent amplement à en fournir la démonstration, à condition de leur accorder toute l'importance qu'elles méritent. C'est ainsi que les traités sont librement souscrits par les membres de la société internationale et ne lient que les parties à la convention. Quant à la coutume, elle est définie par l'article 38 du statut de la C.I.J. comme « une pratique générale acceptée comme étant le droit », l'accent, ici, étant placé sur le mot « acceptée ».

Poussé dans ses limites extrêmes, ce raisonnement conduit logiquement à considérer que l'Etat responsable d'un résultat dommageable pour un autre sujet de droit n'est tenu de le réparer qu'autant qu'il accepte de le faire, la cause de son obligation résidant alors dans son seul consentement, non dans le préjudice subi par la partie lésée. Enfin, cette circonstance que l'obligation de réparer les dommages causés par une conduite internationalement illicite soit très longtemps restée le principal, voire l'unique effet de la responsabilité internationale a contribué pour beaucoup à n'en faire qu'une simple question de nature « privée » n'intéressant que les parties en cause, à savoir l'Etat coupable de violation et celui qui en a directement subi les conséquences dommageables.

Marquant à la fois le relativisme des obligations internationales et la faiblesse des sanctions qui leur sont attachées, cette conception, dans sa globalité, a fait l'objet de multiples critiques. Il en est une, cependant, qui mérite la plus grande attention, eu égard à la rare clairvoyance dont fit preuve son auteur, Elihu Root : « (...) les violations du droit international ont été traitées jusqu'à présent comme nous traitons les délits en procédure civile, comme s'ils ne concernaient que la nation particulière à qui le dommage a été infligé et la nation l'infligeant », constatait-il déjà en 1915. « On n'a point reconnu le droit d'autres nations à protester... Si le droit des gens doit être obligatoire un changement s'impose dans la théorie, les violations du droit menaçant la paix et l'ordre de la communauté des nations devant être considérées comme une violation du droit qu'a toute nation civilisée de voir le droit observé, et comme un préjudice causé à toutes les

nations »<sup>4</sup>.

A ce changement, voire ce bouleversement des conceptions traditionnelles ne pouvait répondre, en pratique, que l'institution d'une responsabilité pénale ; mais même à faire changer les mentalités, il s'agira de tout autre chose que de passer du stade de l'idée à celui des réalisations effectives, comme l'ont amplement démontré les vicissitudes de l'histoire.

*Sous-section II - La responsabilité pénale internationale*

La mise en œuvre du droit des infractions internationales, ces activités génératrices de responsabilité pénale, se heurte à de nombreuses difficultés dont la plus importante réside dans la structure fondamentale de base de la société internationale, peu compatible avec l'aspect contraignant d'un droit de nature répressive. Le droit pénal en effet -et cela vaut pour tous les ordres juridiques- est une discipline de contrainte dont l'objet consiste à appliquer, à son corps défendant, une sanction à un sujet de droit qui s'est rendu coupable d'infraction à l'une de ses prescriptions. Par conséquent, ni la responsabilité pénale, ni sa juste rétribution, la peine, ne se négocient ; elles se subissent au contraire, le contentieux de la répression étant investi d'un caractère punitif et étant généralement fondé sur la faute.

Cette faute, cependant, encore faut-il pouvoir l'imputer à un sujet de droit doté de la double capacité juridique à l'infraction et à la sanction ; or les seuls sujets du droit international sont des entités abstraites, les Etats, qui ne sont pas soumis au droit pénal dans leurs relations réciproques. D'ailleurs, y seraient-ils soumis que cela ne changerait pas grand-chose à l'affaire dans la mesure où leur souveraineté, dont ils useraient comme d'un garde-fou, s'opposerait encore à toute mesure de coercition à leur encontre : par définition, « le souverain, c'est celui qu'on ne contraint pas »<sup>5</sup>.

Il apparaît pourtant que cette défense fondée sur la souveraineté des Etats et sur leur immunité à l'égard des juridictions répressives doit être combattue sur le terrain des principes. Son admission signifierait en effet que l'Etat peut agir comme bon lui semble, partant, ignorer les règles d'un droit international désormais réduit à néant : nié en tant que discipline juridique, il faudrait alors se résoudre à n'y voir qu'un ensemble de préceptes moraux reçus par chacun selon ses propres conceptions du bien et du mal, les intérêts et les alliances politiques y aidant. L'argument est donc

---

<sup>4</sup> Cité par C.T. Eustathiades, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale, nouvelles tendances », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1953, t. 3, p. 433.

<sup>5</sup> La formule est de C. Lombois, *op. cit.*, p. 3.



## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

inacceptable, mais c'est pourtant sur un terrain autre que celui des principes qu'il a été réfuté par une partie de la doctrine. Souveraineté ou non, la notion de sanction pénale appliquée à l'Etat n'est pas une question de pure rhétorique, ont cru pouvoir affirmer certains interprètes ; elle est en effet concrètement appliquée dans les relations internationales à travers les actions coercitives organisées par le droit international, telles que les représailles ou la guerre défensive -dite encore « contre-guerre »-. Ce point de vue « technique », si l'on peut dire, nécessite de plus amples développements, dans la mesure où il procède d'une appréciation erronée des notions de sanction pénale et de répression juridique.

### A - L'exercice de la justice privée dans les relations internationales

Comme conséquence de certains agissements internationalement illicites, le droit international connaît et organise des actes de contrainte qui, pour présenter certains points communs avec la véritable répression pénale, n'ont jamais correspondu qu'à son stade antérieur et primaire, celui de la justice privée : il s'agit des représailles et de la contre-guerre.

Les représailles sont classiquement définies comme des actions normalement illicites, mais exceptionnellement autorisées lorsqu'elles constituent la riposte d'un Etat contre la violation de l'un de ses droits par un autre Etat. Quant à la guerre, on en revient à la distinction classique établie par les anciens auteurs entre guerres justes et guerres injustes, les premières étant entreprises en réaction contre l'illicéité des secondes, tout en en constituant la seule sanction. Leurs caractéristiques respectives leur confèrent-elles un caractère proprement pénal ? Telle a été la question centrale d'un débat qui partagea les auteurs pour ce qui concerne leur véritable nature juridique.

Selon le professeur Lauterpacht, ces deux types de manifestations de force ne sont pas limités à la simple réparation d'un tort, tandis que C.T. Eustathiades paraît admettre la possibilité de reconnaître aux représailles « sinon un caractère purement répressif, au moins un côté pénal conjointement à un but restitutif ou compensatoire, malgré leur différence avec les sanctions pénales au sens couramment attribué à ces dernières », précise-t-il ; celles-ci, en effet, « sont appliquées par tout le groupe, alors que les représailles sont exercées individuellement par l'Etat lésé, ce qui serait une forme de la peine du talion dans les relations internationales »<sup>6</sup>.

Néanmoins cette possibilité, plus évoquée qu'affirmée, a été écartée par la

---

<sup>6</sup> C.T. Eustathiades, *op. cit.*, p. 442. L'auteur cependant n'invoque cette possibilité que pour mieux la rejeter ensuite.

doctrine dominante au motif que les représailles ne sont que de simples moyens de contrainte destinés à obliger l'Etat coupable à accorder une réparation au sens large du terme, dans la mesure où elle inclurait également la satisfaction. H. Kelsen notamment, tout en insistant sur la fonction sanctionnatrice des représailles et de la contre-guerre, leur a refusé le caractère d'une peine. Mais il est vrai qu'il étaye son propos sur le fait que la responsabilité collective de l'Etat n'est pas une responsabilité pénale, puisque « le droit international ne connaît pas la distinction du droit civil et du droit pénal »<sup>7</sup>. Bien que cette argumentation paraisse contestable, la conclusion, pourtant, n'est pas fausse ; du moins peut-on y parvenir par une voie différente, celle qui consiste à opérer la distinction fondamentale et nécessaire entre punition et défense d'une part, répression juridique d'autre part<sup>8</sup>.

La défense et la punition sont les sanctions spécifiques du droit international public, tout autant que les seuls attributs des ordres juridiques primitifs. Sans doute, ces sanctions font-elles appel à l'emploi de la force et à l'usage de la contrainte ; mais cela ne suffit pas à en faire les instruments de la répression juridique.

Inspirée par la nature et les conditions de l'agression, mais surtout dominée par un souci d'efficacité immédiate, la défense vise simplement à repousser une attaque dans le but d'éviter le mal avant qu'il n'ait été produit. Il importe peu, en conséquence, que l'auteur de la riposte ne soit pas la victime de l'attaque : dans le cas précis d'une contre-guerre, peuvent ainsi y recourir non seulement l'Etat agressé, mais encore les Etats tiers désireux d'assister la victime directe dans sa réaction légitime contre une guerre illicite. Au surplus, il n'est pas nécessaire que le destinataire de la riposte soit l'agresseur initial, eu égard aux circonstances concrètes de l'affaire, ce qui explique que sa faute -effective ou non- n'entre pas en ligne de compte pour mesurer l'ampleur de la riposte ; il suffit simplement que celle-ci soit proportionnée à la mesure de l'attaque<sup>9</sup>.

Quant à la punition, dont les représailles constituent le cas type, elle n'a d'autre fonction que de tirer vengeance, après coup, d'une offense ou d'un acte illicite auquel on ne peut plus faire échec, puisqu'il s'est déjà produit. L'Etat victime, l'offensé peut par exemple confisquer des biens appartenant à l'offenseur ou à l'un de ses ressortissants ; il peut encore négliger d'exécuter

---

<sup>7</sup> H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, op. cit., p. 87.

<sup>8</sup> Voir C. Lombois, op. cit., p. 36 à 38.

<sup>9</sup> On retrouve cette même idée de proportionnalité dans le cadre de la légitime défense.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

certaines de ses obligations conventionnelles à l'égard de son adversaire sans qu'il soit établi, d'ailleurs, que celui-ci ait commis une faute. Autrement dit, la caractéristique essentielle de la punition est qu'« elle s'en prend à l'instrument de l'offense, sans chercher à savoir s'il en est véritablement l'auteur. Elle est mesurée, non sur la faute de l'offenseur, mais sur la colère et la puissance de l'offensé », le fait qu'il se charge lui-même de la punition ne garantissant pas « l'impartialité de l'appréciation du comportement de l'offenseur »<sup>10</sup>.

Il reste enfin à définir la répression juridique pour en induire, au-delà des relations de parenté qu'elle entretient avec le droit de défense et la simple punition, les éléments susceptibles de lui conférer une dimension supérieure à celle que contiennent ces deux sanctions spécifiques du droit international public.

### B - Répression juridique et sanction pénale

Le fait est que la répression juridique emprunte, tout d'abord, à la punition ; l'une et l'autre en effet sont des institutions rétributives qui interviennent pour sanctionner le mal après qu'il ait été commis. Par ailleurs, l'intimidation est une fonction que remplit la défense aussi bien que la peine ; comme l'a observé M. Cusson, « la réaction au crime comporte une part de coercition, une part de rétribution et une part d'intimidation »<sup>11</sup>. Enfin, on ne saurait définir la répression juridique par opposition à la vengeance, ce fondement, nous l'avons vu, dont elle n'est pas totalement exempte ; aussi dirons-nous, à la suite du même auteur, que « la justice pénale naît à l'ombre de la vengeance »<sup>12</sup>. Néanmoins, ce qui sépare radicalement le « droit de punir » du « droit de défense » ou du « fait de punir »<sup>13</sup> se résume à ceci : la justice pénale, à la différence des deux autres institutions, ne s'inscrit pas dans le schéma de simples relations bilatérales au sein desquelles domine la logique de la réciprocité. Bien au contraire, elle s'exerce au nom d'une société qui protège ses valeurs en défendant ses principes, participant dès lors de relations autoritaires selon le mécanisme de la « domination-soumission »<sup>14</sup>.

Intimidante, la peine ? Sans doute, bien qu'il ne s'agisse plus, comme dans l'exercice de la défense ou de la simple punition, de dissuader

---

<sup>10</sup> C. Lombois, *Ibid.*

<sup>11</sup> M. Cusson, *Pourquoi punir ?*, Collection criminologie et droits de l'homme, Précis Dalloz, 1987, p. 177 à 179.

<sup>12</sup> M. Cusson, *ibid.*, p. 41.

<sup>13</sup> Les trois formules sont de C. Lombois, *ibid.*

<sup>14</sup> M. Cusson, *ibid.*, p. 41.

l'adversaire de s'en prendre à une victime potentielle qui affirme son intention de défendre ses intérêts en usant de la faculté dont elle est investie. C'est la crainte du châtement qui, par l'influence qu'elle est supposée exercer sur la volonté de l'agent, doit conduire au respect de la loi. Vengeresse, la justice pénale ? Oui, mais vengeance jugulée, vengeance « raisonnée » et punition régie par le droit, si bien qu'elle a pour fin le triomphe de la justice plutôt que la suprématie du plus puissant ou du plus fort. C'est en son nom que le coupable recevra exactement la peine qu'il mérite, cela parce qu'il a commis une faute dont la gravité sera la mesure de l'étendue de son châtement.

La répression juridique postule donc un examen des dimensions concrètes de l'affaire. En d'autres termes, elle exige qu'un jugement de valeur soit porté sur l'acte qui a été commis, de façon à pouvoir en tirer toutes les conséquences pénales. Apprécier le fait générateur afin de déterminer s'il constitue ou non une violation du droit international, en rechercher l'auteur et lui infliger, le cas échéant, une sanction pénale personnelle et proportionnelle à l'ampleur de sa faute, tels en sont les critères autant que les étapes nécessaires. Toutefois, il ne suffit pas d'exposer les mécanismes du droit de punir et de le circonscrire à l'intérieur de ses propres limites pour que tout soit dit. Il reste encore à préciser un dernier point, fondamental dans la mesure où il fait partie intégrante de toute instance répressive, au même titre que le droit applicable et les juges chargés de l'appliquer : nous parlons de la détermination de ses acteurs passifs, les justiciables du droit des infractions internationales.

## *Section II - Les justiciables du droit pénal international*

Le droit international public est le droit des relations entre Etats, ce qui explique que la doctrine classique ait réservé à ces entités abstraites et souveraines la qualité de seuls sujets de ce droit. Cependant et à mesure du développement progressif du droit des infractions internationales, la question s'est posée de savoir s'ils étaient également les titulaires des normes répressives qu'il produit : doivent-ils, peuvent-ils assumer la responsabilité pénale qui s'ensuit lorsque ces normes viennent à être méconnues ? En d'autres termes, les Etats sont-ils investis de la capacité juridique à l'infraction et à la sanction, ou faut-il la laisser aux personnes physiques, les justiciables « naturels », si l'on peut dire, de tout droit pénal ? Le problème a fourni la matière à de nombreuses discussions théoriques sans pouvoir être résolu de façon unanime. La controverse qui oppose ici les partisans de la responsabilité pénale de l'Etat aux défenseurs de la responsabilité pénale

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

internationale des individus a donné naissance à une alternative tranchée dont il n'est pas inutile d'examiner les deux branches, ne serait-ce que pour évaluer le degré de pertinence qu'il convient de reconnaître à chacune d'elles.

### *Sous-section I - La responsabilité pénale de l'Etat*

La reconnaissance de la responsabilité pénale de l'Etat a contre elle de nombreux arguments dont le plus ancien -mais aussi le moindre- consiste à invoquer la thèse doctrinale, aujourd'hui largement dépassée, de l'irresponsabilité pénale des personnes morales<sup>15</sup>. Dépourvues d'existence réelle, a-t-on dit, celles-ci n'ont pas de volonté propre ; par suite l'Etat, être incapable de penser, de vouloir, partant, d'agir de manière dolosive ne peut pas plus commettre de faute qu'il ne peut faire l'objet d'une action répressive. Quant à son issue, la peine, ajoute-t-on, elle ne remplirait aucune des fonctions qui lui sont traditionnellement reconnues si elle était appliquée à une entité abstraite, insensible à la souffrance et impropre à l'amendement.

Il suffit de citer H. Donnedieu de Vabres pour en finir immédiatement avec cette argumentation, d'autant plus qu'elle ne paraît pas constituer le point essentiel de la discussion : « Qu'on ne dise pas que l'élément moral de l'infraction, savoir l'intention coupable, qui implique une volonté consciente du but immoral ou antisocial, est le propre d'un individu humain. Qu'on dise encore moins que les peines impliquent, pour la plupart, l'atteinte à la vie ou à la liberté, [que] leur application ne se conçoit qu'à l'égard des hommes. De telles allégations sont inconciliables avec la doctrine moderne qui affirme la réalité de la personne morale, l'existence d'une volonté collective distincte des volontés individuelles qui en sont les sources. Elles sont inconciliables avec le point de vue positiviste, attentif essentiellement à l'état dangereux du délinquant, qui domine aujourd'hui la plupart des théoriciens de la responsabilité pénale ». Enfin, « elles sont inconciliables avec le rôle grandissant que jouent, dans la politique criminelle, les peines pécuniaires, les peines humiliantes ou privatives de droits, et surtout les mesures de sûreté, qui sont applicables aux personnes morales non moins qu'aux personnes physiques »<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> La discussion est aujourd'hui sans objet, la responsabilité pénale des personnes morales ayant été reconnue dans le nouveau code pénal de 1994.

<sup>16</sup> H. Donnedieu de Vabres, « La théorie des délits de droit des gens en droit pénal interétatique », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1950, vol. 28, p. 162.

Si ce discours permet sans peine d'écarter l'obstacle tenant au caractère abstrait de la « société-Etat » sur la voie de l'admission de sa responsabilité pénale, il agite, en revanche, certaines questions relatives à l'effet produit par l'infliction d'une sanction répressive à la collectivité étatique. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine a pu arguer d'abord de son iniquité, ensuite de son inutilité.

Le principe de la rétribution, c'est-à-dire de l'application, à l'auteur d'un forfait, de l'exacte peine qu'il mérite se heurte en ce domaine au problème de la responsabilité et de la sanction collectives. L'Etat, en effet, ne peut souffrir et le châtiment qui lui sera infligé ne pourra être indirectement et indistinctement subi, en définitive, que par l'ensemble de ses nationaux. Or si parmi ceux-ci se comptent quelques individus effectivement coupables, compte tenu du rôle actif qu'ils ont tenu dans la commission de l'infraction, d'autres -les plus nombreux- ne le sont pas pour n'avoir ni préparé, ni participé, de près ou de loin, à l'acte commis en violation du droit international.

L'argumentation paraît judicieuse, d'autant plus qu'elle pose l'éclairage sur les difficultés juridiques et morales inhérentes à l'admission du principe de la responsabilité pénale des collectivités territoriales en général<sup>17</sup>. Par ailleurs, il est encore loisible de méditer sur l'utilité d'une telle admission, pour peu qu'elle soit appréciée sous l'angle particulier de l'amendement et de la prévention, ces deux fonctions complémentaires traditionnellement attachées à la peine. La fonction éducative de la peine présuppose une permanence de la personnalité, celle du délinquant qui, en s'amendant, effectue un retour sur lui-même et se réconcilie avec la société envers laquelle il a manqué à ses devoirs en n'en respectant pas les valeurs. Cependant, l'Etat n'a de personnalité que juridique, c'est-à-dire fictive, dépourvue de toute réalité psychologique. Quant à la volonté dont on prétend l'investir, elle ne lui est insufflée que par l'équipe dirigeante du moment, en fonction de la politique décidée et suivie par elle. Autrement dit, cette « volonté de l'Etat » ne laisse aucune part à l'éducation, partant, moins encore à une pseudo-rééducation qui se révélerait totalement inefficace en l'espèce<sup>18</sup>. Enfin, il est loin d'être prouvé que la sanction pénale infligée à l'Etat soit propre à remplir sa fonction d'intimidation et d'exemplarité. C'est précisément parce qu'elle n'affecte pas les responsables

---

<sup>17</sup> Elle est en tous cas plus convaincante que celle qui excipe du principe de souveraineté et de l'immunité de l'Etat à l'égard des juridictions répressives pour écarter l'admission de sa responsabilité pénale.

<sup>18</sup> Voir C. Lombois, *op. cit.*, p. 100.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

qu' « elle reste illusoire et souvent injuste, surtout n'est pas de nature à prévenir les guerres », constatait G. Scelle<sup>19</sup>. Bien au contraire, poursuit C. Lombois, « l'effet le plus certain, sur la génération actuelle, de la peine qui a frappé la génération précédente est le développement de l'esprit de revanche » facilement exploitable, susceptible non seulement de nourrir les conflits mais encore d'intensifier les comportements criminels. Car une fois la guerre déclarée, la menace d'une sanction, bien loin d'intimider ses auteurs, les conduira à l'inverse à ne reculer devant rien pour en ressortir vainqueurs, quel qu'en soit le tribut<sup>20</sup>.

En définitive, ces considérations diverses conduisent toutes à la même conclusion : si seul l'Etat est le sujet du droit international sans pouvoir, pour une raison ou pour une autre, être soumis à ses normes pénales, celles-ci ne se ramènent plus qu'aux simples dimensions d'une vaste morale universelle dépourvue de sanction. Logique en ses termes mais inacceptable sur le terrain des principes, cette solution a été réfutée par de nombreux juristes sur le fondement principal d'un facteur essentiel dont elle refuse de tenir compte, l'évolution rapide des idées et des mœurs. Le responsable international, ont-ils affirmé, c'est l'individu, promu au rang de sujet de droit international à côté des Etats et seul justiciable de ses normes pénales.

### *Sous-section II - La responsabilité pénale internationale de l'individu*

#### A - L'individu, sujet du droit international

Que l'individu soit le sujet du droit international -de façon particulière, sans doute, différente de celle dont il est le sujet de son droit national-, qu'il soit, par suite, le destinataire de ses interdictions et de ses prescriptions, voilà qui a été démontré notamment par H. Kelsen. Appuyant son analyse sur la décomposition du mécanisme de la fiction étatique, il s'est efforcé d'établir, par-delà sa transparence, la réalité de la volonté humaine qui la meut et ses relations de logique étroite avec le droit.

Nul ne contestera que la fonction essentielle de toute discipline juridique soit de régler la conduite des hommes, a déclaré l'internationaliste allemand. Aussi le droit international, comme n'importe quel droit, s'applique à des hommes, et s'il établit des obligations, des responsabilités et des droits subjectifs, ceux-ci se rapportent nécessairement à des comportements humains : une obligation ne serait pas juridique si elle n'était pas l'obligation d'un homme de se comporter de telle manière, pas plus que ne le serait une

---

<sup>19</sup> G. Scelle, *Cours de droit international public*, 1948, p. 970 et 971.

<sup>20</sup> C. Lombois, *ibid.*

responsabilité si elle ne comportait une sanction exécutée par des hommes contre d'autres individus.

Sans doute dit-on que le droit, au-delà des hommes, oblige et autorise des personnes juridiques, ce qui a permis aux tenants de la doctrine classique de décider que les nations, comme telles, sont les seuls sujets d'un droit international destiné à régler leurs relations réciproques, à l'exclusion des individus. Cependant, poursuit le même auteur, cette doctrine n'est pas soutenable puisqu'elle est faussée dès le départ ; en effet, « la personne juridique considérée comme une entité différente de la personne dite physique est un concept auxiliaire de la pensée juridique, un instrument de la théorie du droit destiné à simplifier la description des phénomènes juridiques. La personne juridique n'est pas une réalité du droit positif ou de la nature. Quand on dit d'une personne juridique, d'une société par exemple, qu'elle a des obligations ou des droits subjectifs, cela signifie qu'il existe des obligations ou des droits subjectifs se rapportant à la conduite d'un individu, mais que cet individu a les obligations et les droits subjectifs en question en sa qualité de membre ou d'organe de la société. Nous disons que ses obligations et droits subjectifs sont ceux de la société. Nous les lui rapportons, nous les lui imputons, parce que l'individu qui est le vrai sujet de ces obligations et droits subjectifs les a en qualité de membre ou d'organe de la société (...) »<sup>21</sup>.

Cette argumentation conduit donc à admettre que la personnification de tout ordre juridique ou social spécifique -qu'il s'agisse de la société en droit interne ou de la communauté étatique, c'est-à-dire l'Etat, en droit international- ne constitue qu'une fiction, le simple voile qu'il suffit d'écarter pour apercevoir aussitôt la réalité objective. Aussi la responsabilité d'une personne morale n'est jamais rien d'autre que « la responsabilité collective des individus appartenant à la communauté définie comme une personne juridique. Une personne juridique est responsable d'un acte illicite du droit civil ou d'un délit pénal, si la sanction doit être dirigée contre elle ; mais diriger une sanction civile ou pénale contre une personne juridique ne peut pas signifier autre chose que diriger une telle sanction contre des individus en leur qualité d'organes ou de membres de la communauté définie comme une personne juridique »<sup>22</sup>.

Pour résumer la pensée de Kelsen, nous dirons que l'affirmation selon laquelle les Etats sont les seuls sujets du droit international n'exclut pas la possibilité que les individus soient les destinataires des prescriptions qu'il

---

<sup>21</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, p. 67.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 69. Sur l'ensemble du raisonnement, voir p. 66 à 70.



## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

établit ; elle doit être interprétée comme signifiant seulement que les individus, en leur qualité d'organes de l'Etat, sont indirectement et collectivement les sujets des droits et des obligations -partant, des responsabilités qui en dérivent- présentés comme étant ceux de la personne morale étatique.

Il est vrai que Kelsen admet, avec d'autres auteurs, que le droit international conventionnel puisse concéder aux individus organes la qualité de sujets individuels et directs des obligations et des responsabilités qu'il organise, à l'inverse du droit international général qui ne connaît que du principe de la responsabilité indirecte (du moins à l'égard des individus) et collective<sup>23</sup>. Cependant et à cette minime réserve près, il apparaît que la démonstration, à travers ses tenants mais surtout ses aboutissants, n'est guère concluante, pas plus qu'elle n'est susceptible d'emporter la conviction. Faire des individus les sujets indirects du droit international en arguant de la transparence de la fiction étatique, déplacer, en conséquence, la responsabilité collective de l'Etat sur la tête de ses organes ne constitue qu'une solution de rechange aussi peu satisfaisante que celle qu'elle est appelée à remplacer, puisqu'elle rencontre les mêmes obstacles.

En définitive et quelle que soit la part de vérité contenue dans chacune des théories qui précèdent, elles présentent au moins l'avantage d'attirer l'attention sur le rapport, mal conçu dès l'origine, que toutes cherchent à établir entre les propositions « sujet du droit international » et « responsabilité pénale internationale ». Une convention ou une juridiction de la sphère interétatique prévoit-elle l'infliction d'une sanction pénale à un individu et le voilà *ipso facto* promu au rang de sujet d'un droit qui n'a pour fonction que de régir les relations entre Etats, cela en méconnaissance de la caractéristique du droit pénal de n'être pas un droit d'organisation, mais un droit de défense. De même que tout Etat, dès sa constitution, est immédiatement soumis -qu'il y consente ou non- aux règles du droit

---

<sup>23</sup> A l'opposé, d'autres théoriciens ont soutenu que la responsabilité de l'individu pour violation du droit international, notamment pour la commission de crimes de guerre, découlerait du droit international général et couvrirait même un terrain assez vaste. Par ailleurs, C.T. Eustathiades a affiné l'analyse kelsénienne, de façon générale, en insistant sur le fait qu'« une personne ou sujet de droit international existe lorsqu'elle est titulaire non seulement d'un droit, mais aussi lorsqu'elle l'est d'un devoir, et c'est être titulaire d'un devoir, d'une obligation internationale, que d'être responsable pour violation du droit international » ; ainsi l'individu, sujet passif du droit international, ne posséderait qu'une personnalité juridique internationale imparfaite, à l'inverse de l'Etat qui, investi à la fois d'obligations et de droits, serait le sujet parfait du droit international. *Op. cit.*, p. 420 et s.

international public, de même tout citoyen est tenu de se conformer, sitôt qu'il atteint l'âge de raison, aux dispositions du droit civil dans ses rapports avec ses semblables ou à celles du droit administratif lorsqu'il fraie avec l'administration. Cependant, quelque peu différente apparaît la relation des uns et des autres avec le droit pénal, cet ensemble de normes qui « règle la mesure de la réaction d'une société à tout ce qui trouble son ordre juridique », professe C. Lombois ; « or si une organisation peut être sélective, une défense ne peut être qu'indifférenciée, à peine d'inefficacité. Une société organise la vie de ses membres, mais elle réagit à toute attaque, qu'elle vienne ou non d'un de ses membres. On est sujet du droit administratif, constitutionnel, etc. On n'est pas sujet du droit pénal : on le devient, par l'infraction. Le sujet du droit pénal, c'est le délinquant »<sup>24</sup>.

Le juste rapport à établir pour la détermination du justiciable des normes répressives de l'ordre international est donc celui qui, à partir de l'infraction, déduit l'identité de son auteur, le délinquant international.

#### B - Le délinquant, sujet du droit des infractions internationales

Réalisée à l'échelle de toute une nation et nécessitant la mise en œuvre de moyens gigantesques d'exécution, l'infraction internationale, par sa nature même, ne peut pas plus se dérouler en un trait de temps qu'être le fait d'un seul individu, aussi puissant soit-il.

Crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité sont des infractions collectives dont le fractionnement en une pluralité de comportements particuliers ne facilite guère la recherche, l'identification et la détermination des responsabilités individuelles. Quant au rôle tenu par chacun des participants au sein de ces entreprises criminelles opérées en concours, il ne se laisse pas toujours classer avec netteté dans les catégories traditionnelles de l'auteur, du coauteur et du complice. L'extension illimitée ou à l'opposé une délimitation trop restreinte du cercle des personnes responsables (1°), la dilution, voire la disparition des responsabilités par l'admission inconsidérée des causes justificatives ou de non-imputabilité (2°) constituent autant d'écueils qu'il importe d'éviter, aux fins de parvenir à une juste répression. Nous nous proposons d'illustrer ces deux paragraphes par l'exemple du crime contre l'humanité.

##### 1°) La détermination des responsabilités individuelles

Le crime contre l'humanité, c'est la décision, secrètement prise au sommet de la hiérarchie gouvernementale, de supprimer certaines catégories

---

<sup>24</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. 100-101 et s.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

d'individus au nom d'une culpabilité nouvelle, fondée sur des critères arbitraires, étrangers aux législations pénales des pays civilisés. Mais ce sont aussi les chambres à gaz et les charniers des forêts de Pologne ou d'Ukraine, sans omettre tout le processus qui, de la résolution criminelle initiale jusqu'aux actes d'exécution proprement dits, a nécessairement impliqué la participation de nombreuses personnes dont les actes tendaient tous, de près ou de loin, à la réalisation du résultat dommageable. « Si les ordres ont été exécutés, constatait E. Aronéanu, ce n'est pas, comme on semble le penser, parce qu'ils ont été donnés mais parce qu'ils ont pu être exécutés »<sup>25</sup>.

Les victimes, en un premier temps, sont placées hors la loi, hors le droit et hors la société par une série de mesures législatives et administratives progressivement privatives de droits, en même temps qu'humiliantes et vexatoires. Mais cela ne suffit pas et c'est toute une nation désormais, rouage après rouage, qui prêtera main-forte au crime contre l'humanité jusqu'à sa pleine consommation.

La presse et les discours politiques incitent la population à la haine, tandis que la force publique s'emploie activement aux arrestations, au regroupement et à l'internement des parias avant de les conduire au prochain convoi ferroviaire vers l'Est ; des ingénieurs et des industriels ont déjà mis leur savoir, leur expérience et leurs moyens techniques au service du crime pour concevoir, puis construire les installations indispensables à la réalisation d'une tâche de si grande envergure ; à l'issue d'un voyage sans retour, les déportés sont aussitôt enregistrés, comptabilisés, triés comme des marchandises par des bureaucrates fonctionnaires de l'Etat ; des médecins et des laboratoires pharmaceutiques font progresser la science à l'aide d'un matériel humain aussi peu onéreux qu'inépuisable, etc.

Dans cette entreprise collective, la participation prise par chacun, procédant par hypothèse d'un but unique, a été une cause contributive du résultat dommageable. En conséquence, ce but et ce résultat n'ont pu être atteints que par l'action combinée de tous les intervenants dont les actes respectifs acquièrent, par « contagion » si l'on peut dire, la coloration pénale afférente à ce but et à ce résultat. Il convient donc de reconstituer l'infraction ainsi atomisée pour l'apprécier de façon globale afin de pouvoir l'imputer, en bloc, à tous ceux qui ont contribué à la commettre ; à condition, toutefois, qu'ils aient été les protagonistes volontaires et conscients du fait réprouvé par le droit et par la morale.

La participation matérielle, en effet, ne suffit pas à engager la

---

<sup>25</sup> E. Aronéanu, « Le crime contre l'humanité », *op. cit.*, p. 55. Sur l'ensemble de la question, voir encore C. Lombois, *op. cit.*, p. 101 à 107.

responsabilité pénale de l'individu que ses actes désignent, *a priori*, comme le coupable (ou du moins comme l'un des coupables). Encore importe-t-il de rechercher s'il a commis une faute, cette attitude intellectuelle qui constitue l'élément moral de l'infraction : l'inculpé avait-il l'intention de provoquer le résultat dommageable au temps de l'action ? Avait-il seulement conscience du caractère délictueux de l'entreprise à laquelle il apportait son concours ? Si ces questions paraissent relativement simples à résoudre dans le cas des instigateurs, elles se posent toutefois avec une acuité particulière pour l'examen de la conscience infractionnelle du participant accessoire et de l'exécutant.

a) La responsabilité du participant accessoire

Très souvent intrinsèquement neutres, les actes du participant accessoire n'ont constitué qu'un apport fort discret à l'entreprise délictueuse d'ensemble, du moins dans la plupart des hypothèses ; aussi s'abritera-t-il derrière ces circonstances pour déclarer -à tort ou à raison- qu'il ne pouvait ni comprendre, ni même soupçonner, au temps de sa participation, la relation de cause à effet qui existait entre son propre comportement et l'infraction qui lui est reprochée.

Le mécanicien de la locomotive ou le chef de gare qui donnait l'ordre de départ aux convois de déportés, le préposé qui remplissait les bordereaux relatifs à ces transports spéciaux se contentaient d'exercer leur métier, prétendront-ils de concert devant la commission d'instruction, à l'heure du règlement des comptes. Ils n'étaient pas rémunérés pour s'interroger sur la nature particulière du « chargement » ou sur le traitement qui lui était réservé à l'arrivée, même si les titres de transport n'étaient jamais que des allers simples et même si les wagons, invariablement, revenaient à vide. C'est alors que l'on pense aux mots d'André Frossard qui, invoquant ce morcellement de l'infraction en une pluralité d'agissements distincts, a noté qu'il « a permis au nazisme de s'assurer un grand nombre de complicités : dans le mot « extermination », chacun n'avait à lire qu'une seule lettre, jamais le mot en entier »<sup>26</sup>. Quoi qu'il en soit, cette défense sera, sinon toujours acceptable, du moins très souvent acceptée tant il est malaisé, voire impossible, dans la plupart des cas, de rapporter la preuve concrète de l'adhésion morale du participant à l'entreprise criminelle d'ensemble, élément indissociable de la responsabilité pénale. Toutefois, il est d'autres participants qui ne pourront arguer, avec quelque vraisemblance, des mêmes circonstances de fait pour écarter toute responsabilité personnelle, dans la

---

<sup>26</sup> A. Frossard, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Editions R. Laffont, 1987, p. 38.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

mesure où leurs actes sont déjà criminels en eux-mêmes : il s'agit des exécutants directs de l'infraction internationale.

### b) La question de l'attitude intellectuelle de l'exécutant

Passer des détenus par les armes, leur infliger diverses tortures, les affamer ou leur injecter des substances toxiques jusqu'à ce que mort s'ensuive constituent autant de comportements qui impliquent chez leur auteur une conscience infractionnelle indiscutable, génératrice de responsabilité pénale. Cependant et même en ce domaine peuvent surgir certaines difficultés liées à la détermination de l'étendue et de la nature de la responsabilité imputable à chacun des exécutants.

Au temps de son intervention, l'attitude intellectuelle de l'agent renfermait-elle l'intention spéciale requise pour la commission d'un crime contre l'humanité, à savoir non seulement l'intention de commettre un ou plusieurs assassinats mais encore l'intention de le ou les commettre sur les personnes que désignent leur race, leur religion ou leurs opinions politiques ? Ce dol spécial, élément moral d'une intensité particulière, puisqu'il vise avec précision à la production d'un résultat délictueux déterminé, a pu échapper à l'intelligence de l'agent ; dans cette hypothèse, ses actes ne lui auront été inspirés que par la simple intention de s'associer à une activité criminelle, en l'occurrence la perpétration d'homicides en série sans que l'élément quantitatif ni surtout la spécificité des victimes ne change rien, dans son esprit, à la qualification de l'infraction.

La question ne peut être résolue qu'au cas par cas, eu égard aux circonstances précises de chacune des espèces soumises aux tribunaux. Néanmoins et quelles que soient ces circonstances, il en résulte d'emblée la certitude que la responsabilité encourue par l'exécutant direct d'un crime contre l'humanité est au moins égale à celle d'un criminel de droit commun.

### c) Les instigateurs

Les questions agitées par les deux hypothèses précédentes ne se rencontrent guère, en revanche, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité des instigateurs, ces individus dont les hautes fonctions et le rôle de premier plan en ont fait les détenteurs de l'autorité étatique. Sans doute ne se sont-ils jamais souillés les mains, en ne prenant aucune part aux actes d'exécution directs ou indirects ; cependant, ils n'en ont pas moins orchestré le processus d'ensemble qui, du premier au dernier de ses multiples échelons, devait inéluctablement conduire au résultat criminel par eux conçu, préparé, ordonné et voulu.

Faut-il les assimiler aux auteurs matériels de l'infraction en en faisant des

complices par instigation ou par instructions, conformément au droit commun français de la participation criminelle ? D'un point de vue tant criminologique que juridique, une réponse négative s'impose. Il semblerait en effet que le cadre traditionnel de la théorie de la complicité soit trop restreint pour supporter sans difficultés un tel transfert, en ce sens qu'il est peu adapté aux circonstances très particulières de commission d'une infraction internationale. Le crime contre l'humanité est « un acte de souveraineté étatique », a estimé E. Aronéanu (ce qui est également vrai, ajoute-t-il, du crime contre la paix ou du crime de guerre) ; si bien que « plus nous approchons de la matérialité de l'acte criminel, moindre est la culpabilité ; par contre, plus nous nous en éloignons dans la direction des juges-législateurs de souveraineté criminelle, plus elle est grande »<sup>27</sup>.

De l'infraction internationale, il faut convenir que les instigateurs ne sont pas les complices, mais bel et bien les auteurs intellectuels ou moraux. C'est en conséquence à ce titre qu'ils doivent, théoriquement du moins, en assumer la responsabilité pénale ; car leur inclusion à l'intérieur du cercle des personnes responsables n'entraînera pas *ipso facto* leur condamnation, non plus d'ailleurs que celle des autres participants. Il s'agit d'un préalable nécessaire que de procéder à l'examen des diverses causes de justification ou des causes de non-imputabilité que les uns et les autres ne manqueront pas d'invoquer à l'appui de leurs systèmes de défense.

2°) Les causes de justification et de non-imputabilité : la dilution des responsabilités

a) L'ordre supérieur et le commandement de l'autorité

La discipline militaire et la discipline civile constituent à l'évidence les conditions fondamentales d'existence d'une nation. Aussi, l'obéissance aux ordres et au commandement de l'autorité sera la cause de justification première avancée, pour leur défense, par les exécutants directs ou indirects : qu'ont-ils à se reprocher, plaideront-ils, si ce n'est d'avoir bien accompli un mauvais devoir qui, au demeurant, présentait toutes les apparences de la légitimité ? A l'image du bourreau qui n'est pas juge de la régularité des sentences qu'il exécute, ils étaient simplement tenus d'obéir aux ordres sans soulever la question de leur bien ou de leur mal-fondé.

Le problème juridique est ici celui de l'ordre illégal au regard du droit international mais conforme, sur la forme et sur le fond, à la loi nationale de

---

<sup>27</sup> E. Aronéanu, « Responsabilités pénales pour crimes contre l'humanité », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1948, vol. 26, p. 153.

## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

l'agent. Celle-ci peut-elle absoudre l'auteur d'une infraction internationale de sa responsabilité pénale à la façon d'un fait justificatif ? Il ne le semble pas, dans la mesure où la légalité interne, frappée d'inefficacité en ces hypothèses, est inopposable à l'ordre juridique international.

Ecarté comme cause justificative du fait délictueux reproché à l'agent, ce moyen de défense pourra néanmoins peser, dans une certaine mesure, sur l'étendue de sa responsabilité. Il soulève en effet diverses questions subsidiaires dont la résolution est subordonnée à l'examen, effectué *in concreto*, de chaque situation particulière. Ainsi, l'ordre a pu être donné en des circonstances telles -par exemple, sous la menace imminente des sanctions frappant le refus d'obéissance- qu'elles excluaient, dans l'esprit du subordonné, toute faculté de choix ; or il s'agit là d'un cas de contrainte morale, cause de non-imputabilité. Ou encore les conditions dans lesquelles l'ordre a été émis, sans totalement paralyser son libre arbitre, ont du moins pu exercer une certaine pression sur sa volonté individuelle ; c'est alors par le jeu des circonstances atténuantes qu'il bénéficiera d'un allègement partiel de sa responsabilité, partant, de son châtement.

Que l'un de ces moyens de défense soit accepté comme cause d'irresponsabilité et il produira aussitôt les ramifications les plus larges, compte tenu de la forte hiérarchisation du système qui a permis, encouragé et commandé l'accomplissement de tels forfaits. C'est de toute une chaîne d'ordres dont il faudra remonter le cours, de l'auteur matériel de l'infraction à son donneur d'ordres qui les avait lui-même reçus d'un autre, celui-ci n'ayant fait que transmettre les directives venues de plus haut... et ainsi de suite, de supérieur en supérieur jusqu'aux instigateurs dont les hautes fonctions postulaient la liberté de décision. Cependant, la question de la responsabilité subit une modification radicale de ses données sitôt qu'elle parvient au sommet de la pyramide étatique.

### b) Les dirigeants et la doctrine de l'acte d'Etat

Les fonctions gouvernementales des dirigeants ? C'est précisément derrière elles qu'ils se réfugieront pour légitimer leur conduite en invoquant la doctrine de l'acte d'Etat. Sans doute étaient-ils libres de leur décision, lorsqu'ils mettaient en place et enclenchaient le processus de commission des infractions internationales. Cette circonstance, pourtant, ne saurait engager leur responsabilité personnelle, dans la mesure où ils ne décidaient ni n'agissaient en nom propre, mais au nom de l'Etat dont ils assuraient alors la représentation.

Désignant l'Etat comme le seul coupable, cette doctrine implique en même temps qu'il puisse être pénalement responsable ; or nous avons déjà

pu conclure à l'inutilité et à l'iniquité de la peine théoriquement appliquée à la collectivité étatique mais subie, en pratique, par l'ensemble de ses nationaux. Certains auteurs, il est vrai, ont cru pouvoir écarter l'objection tenant aux effets collectifs de la sanction pénale en préconisant son remplacement par de simples mesures de sûreté dont seul l'Etat, selon eux, ferait les frais. J. Graven, approuvé par V. Pella, a notamment affirmé qu'« une sanction, qu'on la nomme « peine » ou « mesure de sûreté » est une sanction (...); ce n'est pas son nom qui importe, mais elle-même »<sup>28</sup>. Toutefois, ce n'est pas là que réside le problème fondamental soulevé par la doctrine de l'acte d'Etat.

A notre sens, il ne paraît pas possible d'accréditer ladite doctrine au point de renvoyer les gouvernants quittes de toute peine par le déplacement des conséquences juridiques de leurs propres comportements sur la personne de l'Etat : la théorie de la représentation, invoquée par les criminels et généralement appelée à justifier un tel transfert doit ici être écartée d'emblée, semble-t-il. Il ne s'agit en effet que d'une « fiction du droit civil qui doit rester étrangère au réalisme du droit pénal », cela d'autant plus que « le mécanisme de la représentation ne joue pas pour les faits illicites : le mandataire s'oblige personnellement par son délit ou son quasi-délit »<sup>29</sup>.

Surtout, il est un second argument susceptible de conforter le principe de la responsabilité pénale des seuls gouvernants. Sans doute H. Donnedieu de Vabres, auteur déjà cité, a-t-il estimé que l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire l'intention coupable, n'était pas le propre de l'individu humain. Aussi concevait-il l'existence d'une volonté collective (celle de l'Etat), distincte des volontés individuelles qui en constituent le générateur en même temps que la source. Toutefois, ce point de vue a été contredit par de nombreux auteurs qui professent, à l'inverse, qu'il n'est de volonté qu'humaine ; or « l'Etat n'est ni un homme, ni un surhomme »<sup>30</sup>, si bien qu'il est erroné de vouloir opposer sa prétendue volonté à celle de ses organes.

Il apparaît en effet que la fiction étatique doive être circonscrite dans des limites que la simple raison commande de ne pas franchir. De la souveraineté de l'Etat, les gouvernants sont les gardiens, les dépositaires, et des actes qu'ils prétendent lui imputer derrière l'écran de leurs fonctions représentatives, les seuls responsables. En conséquence, lorsqu'ils abusent de

---

<sup>28</sup> J. Graven, réponse au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'*International Bar Association* ; cité par V. Pella, « Considérations sur un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1950, vol. 28, p. 116.

<sup>29</sup> C. Lombois, *op. cit.*, p. 104 et p. 39-40.

<sup>30</sup> La formule est due à H. Kelsen.



## Nuremberg : application de la loi pénale ou loi du talion ?

leurs prérogatives au point de les utiliser à des fins criminelles, on peut même aller jusqu'à considérer que l'Etat dont ils se sont servis pour atteindre leurs visées personnelles, bien loin d'être le coupable, n'est en fait que leur première victime. Pour tenter d'expliquer le processus de commission des infractions internationales, A. Sottile invoquait, en une formule élogieuse, l'emploi de « méthodes criminelles d'exercice de la souveraineté étatique »<sup>31</sup>. Quant aux interprètes qui prétendraient imputer la paternité de ces méthodes à l'Etat plutôt qu'aux individus qui décident en son nom, autant vaut leur répondre, avec C. Lombois, qu'ils « [confondraient] sous le même mot - l'Etat - un appareil avec ceux qui l'utilisent »<sup>32</sup>.

Il résulte ainsi des développements qui précèdent que la justice rendue à Nuremberg l'a bien été en application de la loi pénale internationale. Néanmoins, reste une dernière question à examiner : celle de la rétroactivité de l'incrimination visant le crime contre l'humanité.

---

<sup>31</sup> A. Sottile, réponse au questionnaire de l'A.I.D.P. et de l'I.B.A. ; voir V. Pella, *op.cit.*, p.112.

<sup>32</sup> C. Lombois, *op.cit.*, p.105.



### **Chapitre III**

#### **La rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales : le crime contre l'humanité**

Des trois catégories d'infractions que le Tribunal de Nuremberg eut à juger, celle des crimes contre l'humanité était la plus mal définie, du moins si on l'entend en termes de textes internationaux antérieurs à la charte du 8 août 1945. Les crimes contre la paix -qu'ils soient ainsi ou différemment dénommés- avaient inspiré divers pactes ou déclarations d'intentions qui, à défaut d'en avoir fait de véritables infractions pénales, les avaient cependant mis hors la loi, hors la sphère légitime des relations interétatiques. Quant aux crimes de guerre, il existait déjà de nombreuses dispositions qui ne laissaient subsister aucun doute au regard de leur caractère internationalement illicite et nationalement répréhensible, partant, punissable.

Mais les crimes contre l'humanité ? Consulte-t-on les normes internationales écrites -qui tiennent lieu de « loi » internationale- et l'on n'en extrait guère que de vagues références aux « lois de l'humanité », inscrites de surcroît à l'intérieur des seules conventions relatives aux lois et coutumes de la guerre sur terre. Or si le crime contre l'humanité se commet très souvent à l'occasion des guerres, il se commet également en temps de paix et c'est alors qu'il est le plus grave. Au demeurant, il importe d'apprécier à leur juste valeur les décisions du Tribunal militaire international à l'égard de cette catégorie de crimes. Sans doute, la haute juridiction écarte-t-elle de sa compétence les forfaits perpétrés de 1933 à 1939 en Allemagne et en Autriche pour ne retenir que les actes criminels de même nature commis à partir du déclenchement des hostilités. Cependant, à quoi aboutit-elle si ce n'est à juger et punir, sous la qualification de « crime contre l'humanité », des crimes du temps de paix commis pendant la guerre ?<sup>1</sup>.

Il n'en demeure pas moins que le châtement international des crimes

---

<sup>1</sup> Il s'agit de crimes du « temps de paix », en ce sens que les victimes allemandes ne sont pas « en guerre » contre leurs bourreaux. La précision n'était pas inutile, compte tenu des efforts manifestes déployés par les juges pour ignorer, voire neutraliser l'infraction internationale en ce qu'elle a de plus inique : la décision arbitraire, prise par un Etat, de supprimer certaines catégories de ses propres sujets.

contre l'humanité soulevait un problème juridique délicat qui, apprécié sous l'angle limité du droit strict, ne pouvait engendrer qu'une seule conclusion : celle de la rétroactivité de l'incrimination et des sanctions, pratiquées en méconnaissance totale du principe de légalité des délits et des peines. Rappelons cependant une dernière fois que l'accord de Londres et le jugement de Nuremberg ne se situent pas dans une perspective de droit strict. L'un et l'autre ne peuvent être évalués qu'en fonction de leurs critères propres, ceux qu'ils empruntent au droit des infractions internationales dont ils firent ensemble la première véritable application. C'est alors que la question soulevée par la sanction des crimes contre l'humanité apparaît sous un éclairage différent, susceptible à lui seul de relancer le débat en des termes adaptés à l'objet qu'il se propose de traiter.

Formulées après la commission des faits, l'incrimination et la sanction du crime contre l'humanité reposaient-elles sur un fondement juridique, à défaut de ce qu'il est convenu d'appeler une base « légale », exprimée par écrit ? Ce fondement proprement juridique n'existerait-il pas, peut-on au moins justifier les principes de solutions retenus et appliqués par les jurisconsultes de la seconde guerre mondiale ? Ces questions seront successivement examinées dans les deux sections qui composent le présent chapitre.

### *Section I - Une infraction internationale : le crime contre l'humanité*

Au cours de notre propos antérieur, nous avons eu l'occasion d'observer la dichotomie qui scinde toute infraction pénale -de droit interne ou de droit international- en deux séries de propositions distinctes, mais complétives : l'incrimination, décrivant les agissements proscrits de la conduite humaine (soit la norme de comportement), et la sanction (ou norme de répression), c'est-à-dire l'indication du taux de la peine susceptible de rétribuer lesdits agissements, dans toutes les hypothèses où il serait passé outre à l'avertissement de la loi. N'a-t-on pas souvent dit du droit pénal qu'il était sifflet d'un bout, fouet de l'autre bout ? Cette assertion se vérifie d'autant plus en droit international que la scission entre les deux catégories de normes devient, en ce domaine, « un instrument de méthode », pour reprendre la formule précitée de C. Lombois. Il paraît donc nécessaire de rechercher de façon séparée, ou même de reconstituer, à l'aide des éléments dont nous disposons, d'une part la norme de comportement relative au crime contre l'humanité (sous-section I), d'autre part sa norme de répression (sous-section II).

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

### *Sous-section I – La norme de comportement en matière de crime contre l'humanité*

#### A - La définition de l'infraction

Qu'est-ce qu'un crime contre l'humanité ? De prime abord, une définition concise apparaît malaisée à établir, eu égard à l'imagination fertile de ceux qui en conçurent les plans avant de s'en rendre coupables, directement ou indirectement, avant et au cours de la seconde guerre mondiale. Selon l'article 6-c de la charte du Tribunal, ressortiraient à cette catégorie les meurtres, les exterminations, les asservissements, les déportations et autres actes inhumains commis à l'encontre de la population civile, avant ou pendant la guerre ; de même que la persécution pour des motifs raciaux, politiques ou religieux, à condition que ces forfaits aient été commis à la suite de crimes entrant dans la compétence du Tribunal, voire en connexion avec ces crimes, poursuit l'article 6-c, que ce soit ou non en violation des lois en vigueur dans les pays où ils ont été perpétrés.

Si l'on extrait du texte tout ce qui ne procède pas, de façon intrinsèque, des éléments constitutifs de l'infraction -les contingences de temps, par exemple, ou encore ce lien de connexité qui, nous le savons, n'a trait qu'à la compétence de la juridiction-, il est alors loisible de l'alléger pour le ramener, en termes génériques, à la formule suivante : seraient crimes contre l'humanité toutes les atteintes à la vie, à la santé, à l'intégrité corporelle et à la liberté individuelle dirigées contre les individus que leur race, leur religion ou leurs opinions politiques désignent à la vindicte des bourreaux.

Toutefois, la formule peut être simplifiée plus encore, telle l'équation mathématique que l'on réduit peu à peu pour la ramener à la proposition initiale. Déporter, asservir et persécuter avant de tuer et d'exterminer, voire tuer et exterminer sans passer par la phase préliminaire de la déportation ou de l'asservissement : de quoi s'agit-il, en définitive, sinon d'actes inhumains tendant tous, à plus ou moins brève échéance, à la perpétration en masse d'homicides volontaires prémédités sur des victimes innocentes, dans la mesure où elles le sont des infractions inscrites dans les législations pénales de tous les pays civilisés <sup>2</sup>.

Certes, le crime contre l'humanité est bien plus que cela ; il n'en demeure pas moins qu'il est de son essence même d'être avant tout un meurtre, ce

---

<sup>2</sup> La précision de l'article 6-c selon laquelle le crime contre l'humanité est consommé, qu'il ait été ou non commis en violation des lois des pays où il a été perpétré, visait la loi nationale-socialiste qui, rendant licite un tel acte, devait, de l'avis unanime, être écartée en tant que fait justificatif. L'Allemagne hitlérienne ne fut guère alors considérée comme un « pays civilisé ».

crime si grave qu'il a toujours et partout été stigmatisé et puni comme tel. Mieux encore: en droit pénal interne -notamment en droit pénal français-, la préméditation aggrave l'infraction pour en faire un crime qualifié assassinat, susceptible d'entraîner les conséquences les plus graves pour son auteur, du moins jusqu'à la loi du 9 octobre 1981, puisqu'il encourait alors la peine capitale. *A fortiori* et en toute logique, la préméditation doit-elle aggraver l'homicide lorsqu'il vise à l'anéantissement de millions d'individus ; nulle raison, pas même la raison d'Etat, ne peut le justifier. Par ailleurs le meurtre, qu'il soit ou non aggravé, participe encore d'une autre catégorie supérieure de normes juridiques. Nous le disions antérieurement : faudrait-il reconnaître à une seule infraction le caractère de généralité dans l'espace et de pérennité dans le temps requis pour constituer un principe général de droit -participant de ce fonds commun à tous les Etats-, et ce ne pourrait être que l'homicide volontaire perpétré sur la personne d'autrui.

C'est dire si la norme de comportement relative au meurtre, partant, au crime contre l'humanité ramené à son expression la plus simple était établie, tant en droit interne qu'en droit international<sup>3</sup>, bien avant la promulgation du statut du 8 août 1945. Comme l'a souligné L. Green, il est fort peu d'arguments à opposer à la déclaration selon laquelle « nul ne peut arguer avec la moindre vraisemblance que la loi sur le meurtre soit teintée de rétroactivité »<sup>4</sup>. En définitive, il paraît opportun de reconnaître à l'article 6-c le caractère et l'esprit d'une simple mise en formule -du moins quant à l'élément matériel de l'infraction mais en plus ample, en plus détaillé et en plus généralisé- des incriminations inscrites, définies et châtiées par toutes les législations pénales internes.

Sans doute pourrait-on objecter qu'il serait vain d'y rechercher la moindre allusion à des agissements tels que l'asservissement par exemple, ou encore l'extermination, pour ne citer que les pires. Cependant, peut-on légitimement reprocher à leurs auteurs -ressortissants de nations civilisées, rappelons-le- un manque d'imagination que l'on ne saurait en revanche imputer aux criminels ? Evidemment non ; aussi pardonnera-t-on sans peine aux rédacteurs du statut d'avoir fait usage de la méthode extensive ou analogique pour définir le crime contre l'humanité, quand bien même serait-elle généralement écartée en matière pénale : il semblerait en effet qu'il faille

---

<sup>3</sup> Rappelons également la coutume internationale et les conventions dites « humanitaires », toujours dans le cadre de la norme de comportement.

<sup>4</sup> Déclaration du juge Musmanno, dans le *Einsatzgruppen case*, *Annual Digest* 1948, p. 656, note p. 658. Cité par L. Green, « Aspects juridiques du procès Eichmann », *A.F.D.I.* 1963, p. 169.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

n'y voir qu'une interprétation authentique du législateur international, habilité par délégation de la communauté internationale toute entière<sup>5</sup>.

Nous supposerons néanmoins que les accusés possédaient si peu de sens moral, doublé de si faibles connaissances juridiques qu'ils ne pouvaient, ni entendre la voix de leur conscience au temps de l'action, ni soupçonner qu'il puisse exister une loi pénale et un droit international. Dans le contexte précis de la seconde guerre mondiale, n'y avait-il donc aucun signe extrinsèque, aucune circonstance matérielle indubitable pour leur indiquer la voie de la Justice et le chemin de la raison ? Il convient à cet égard de consulter les faits et l'histoire.

### B - La conscience infractionnelle des accusés : une démonstration par l'Histoire

Au moment des faits, les accusés connaissaient-ils le caractère délictueux et condamnable des agissements inhumains qui devaient leur être reprochés dans le prétoire de Nuremberg ? Affirmer au contraire qu'ils ne pouvaient l'ignorer revient presque à énoncer un truisme : à eux destinées, les déclarations communes des pays opprimés dénonçant la criminalité et la bestialité de leurs méthodes ; à eux encore adressés, les notes indignées, les mises en garde et les avertissements successifs des grandes puissances quant au « châtiment terrible » qui un jour les attend, en rétribution de leurs crimes<sup>6</sup>.

D'ailleurs, est-il même besoin de rappeler l'activité diplomatique des nations ennemies de l'Allemagne pour démontrer la conscience infractionnelle de ses dirigeants ? non, car de nombreux extraits de leurs propres déclarations et de leurs discours officiels y pourvoient largement. Ainsi celle de Goering, lorsqu'il annonce qu'il n'a pas à exercer la justice « mais à détruire et à exterminer, rien de plus ». Ainsi encore celle du Führer, quand il proclame attendre des juges allemands « qu'ils comprennent que la nation allemande n'est pas faite pour les exigences de la justice, mais que la justice est là pour servir la nation ». Autrement dit, une « justice » adaptée à ses objectifs personnels qui n'a plus rien de juste que le nom.

Par ailleurs, il est certaines circonstances de fait susceptibles de conforter l'hypothèse d'une conscience infractionnelle déterminée et établie. Il suffit d'évoquer le secret ayant entouré les actions les plus honteuses commises

---

<sup>5</sup> Voir R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 235.

<sup>6</sup> Est particulièrement explicite à ce propos la déclaration de Moscou précitée d'octobre 1943.

par les nazis, telles que la « solution finale » appelée à régler définitivement le sort de certaines catégories humaines déclarées inférieures et nuisibles. Il suffit encore d'apprécier la hâte avec laquelle ils détruisirent les archives et les installations exterminatrices avant de fuir avec les rares survivants, à l'annonce de l'approche et de l'arrivée imminente des forces alliées dans les secteurs de l'Est ; autant d'attitudes, en définitive, qui accusent leurs auteurs avec presque autant de certitude que l'aveu, ce qui explique la question, teintée d'ironie, posée par R. Jackson dans son rôle de procureur américain au procès des grands criminels : « Est-ce que les accusés sont surpris d'apprendre que l'assassinat est considéré comme un crime ? »<sup>7</sup>.

Voilà en effet une « révélation » qui ne pouvait guère les surprendre. Certes, l'on peut toujours arguer du fait qu'ils possédaient la conviction, en ordonnant lesdits assassinats, d'accomplir ou de faire accomplir un mal nécessaire. Mais cette seule défense ne parvient qu'à les accabler, puisqu'elle dénonce en même temps leur connaissance de l'existence d'un « mal », quand bien même eût-il alors été, dans leur esprit, « nécessaire » à la suprématie de l'idéologie nationale-socialiste. Ce raisonnement, toutefois, ne vaut que pour la norme de comportement du crime contre l'humanité ; or il s'agit de tout autre chose que d'analyser sa norme de répression.

#### *Sous-section II - La norme de répression ou le châtiment du crime contre l'humanité*

L'article 6-c relatif à la catégorie des crimes contre l'humanité était assurément déclaratif de droit, ainsi qu'il a été amplement démontré ; mais pour partie seulement. A d'autres égards, il fut constitutif, par conséquent rétroactif de droit pénal international. On aura beau dire et beau faire, il faut se rendre à l'évidence : nulle norme de répression attachée à l'incrimination ne préexistait à l'accord de Londres qui en posait le principe, et au jugement de Nuremberg qui en fit application effective.

Nous le savons, le principe de légalité n'implique pas seulement la connaissance, par le délinquant, du caractère infractionnel de l'acte qu'il se propose de commettre. Encore faut-il qu'il soit averti de la nature du châtiment auquel il s'expose s'il contrevient aux normes légales, voire même seulement de l'existence d'un châtiment, dans le cas des accusés de Nuremberg. Que les dirigeants nazis aient eu au moins conscience de « mal faire », voilà qui n'est douteux pour personne. Qu'ils aient persisté dans leurs comportements criminels, voilà qui peut s'expliquer - de façon certes immorale, mais qui s'explique néanmoins - par l'impunité dont ils étaient

---

<sup>7</sup> « Le procès de Nuremberg, exposés introductifs », *op. cit.*, p. 34.



## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

persuadés de bénéficier, eu égard au défaut d'indication en ce sens de la loi et du droit international. Bien plus : le droit interne fournit en pareille hypothèse des éléments de solution dont les délinquants auraient pu tout aussi bien se prévaloir. C'est ainsi qu'une incrimination non accompagnée de sanction appropriée « n'a pas plus d'effet qu'une simple recommandation : elle serait une loi imparfaite »<sup>8</sup>, dépourvue de toute valeur coercitive sur le terrain du droit pénal proprement dit. Quelle que soit la cause de l'omission, la Cour de cassation en induit en effet les conséquences les plus lourdes, puisqu'elle va jusqu'à neutraliser l'incrimination en interdisant aux tribunaux de résoudre la difficulté et de prononcer eux-mêmes la peine.

Cette solution est-elle transposée en droit international pénal et c'est alors qu'il faudrait considérer l'article 6-c comme un simple souhait et le statut du 8 août comme un chiffon de papier. Veut-on se montrer moins sévère, eu égard aux circonstances, et conserver sa valeur de droit positif à l'incrimination du crime contre l'humanité, il n'en demeure pas moins que le jugement de Nuremberg paraît souffrir d'une tare inexpiable (selon les esprits qui continuent de raisonner par analogie avec le droit pénal interne), puisqu'il en tire des conséquences juridiques en méconnaissance du principe de la légalité criminelle. Cependant, est-il nécessaire de dénoncer une fois de plus l' inanité d'une transposition des mécanismes du droit interne en droit international ? Citant Paul de Visscher, J.Y. Dautricourt a précisé, à juste titre, que « l'imperfection d'ailleurs relative du droit international affecte son efficacité, mais non sa validité. Un droit imparfait est un droit valable dès l'instant où il est édicté par une autorité compétente, en vue de la réalisation du bien public »<sup>9</sup>.

Que l'autorité ayant présidé à l'élaboration de la loi internationale ait été légitimement fondée à intervenir, c'est ce que nous avons déjà tenté de démontrer ; nous tiendrons donc sa compétence pour acquise. Il reste néanmoins à définir cet objectif auquel doit viser le droit international pour être « valable » en dépit de son imperfection, à savoir la « réalisation du bien public » posée par l'auteur précité. Cet objectif fut-il satisfait par le droit de Nuremberg ? Dans l'affirmative, constituait-il une nécessité si impérieuse qu'il pouvait, voire devait prendre l'ascendant sur la règle de la légalité partiellement méconnue en l'espèce ? En d'autres termes, justifiait-il le principe de la sanction pénale infligée aux criminels contre l'humanité par le Tribunal militaire international ? L'examen de ces diverses questions

---

<sup>8</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 250 et 251.

<sup>9</sup> J.Y. Dautricourt, « Les conditions du droit criminel universel », mémoire, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1948, p. 883.

fournira la matière de la section suivante.

*Section II – La sanction pénale du crime contre l'humanité, une rétroactivité justifiée ?*

Il est différentes manières d'aborder la question qui fait le titre de la présente section, ce qui explique qu'elle n'ait pu être résolue de façon unanime. Trois groupes de réponses peuvent lui être apportées, réparties en fonction des convictions personnelles de chacun.

Pour les auteurs épris de seul « juridicisme », voilà qui ne se demande même pas, dans la mesure où la rétroactivité des délits ou des peines ne peut jamais se justifier : hors de la loi, point de droit, poseront-ils comme postulat de base d'une théorie difficilement susceptible de démonstration contraire, de quelque côté qu'on veuille la tourner (sous-section I). Il est vrai que la question ne se pose pas davantage pour une autre catégorie de juristes dont le raisonnement, pourtant, se situe à l'extrême opposé du précédent : comment peut-on invoquer le principe de légalité, voire n'importe quel autre principe ou n'importe quelle procédure ordinairement attachés à l'application normale du droit pénal, eu égard aux circonstances tout à fait exceptionnelles et au contexte spécifique de la cause dont il s'agit ? Il y a là contrariété objectivement absolue, incompatibilité péremptoire, propres l'une et l'autre à justifier toutes les singularités législatives ou judiciaires, pourvu que justice fût rendue (sous-section II).

Il reste enfin une position beaucoup plus nuancée, celle qui consiste à apprécier, en liminaire, le principe de légalité à son exacte valeur -et non celle que l'on souhaiterait qui fût la sienne, voire celle qui devrait, dans l'idéal, être la sienne- pour le rapporter ensuite à l'affaire qui nous occupe. Car le droit n'est pas plus science exacte que pure mathématique. « Tout juriste sait qu'on peut rendre bonne justice avec de mauvaises lois, tout comme on peut commettre des délits avec le système le mieux étudié », professe M. Engelson : « Peu de domaines en effet se prêtent autant à une interprétation subjective, à une dénaturation des faits »<sup>10</sup>. Aussi importe-t-il non seulement d'analyser tous les éléments en présence, mais surtout de tenir compte de leur combinaison afin d'en induire objectivement les conclusions qui s'imposent. Ainsi procéderons-nous donc (sous-section III), après avoir examiné et commenté les arguments développés à l'appui des deux théories précédentes.

---

<sup>10</sup> M. Engelson, « L'établissement d'une paix durable par l'application d'un nouveau droit pénal international », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1946, volume 24, p.49, note 2.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

### *Sous-section I – « Hors de la loi, point de droit »*

Dans cette conception, la seule réalité juridique serait le droit positif, c'est-à-dire les lois que l'Etat -par extension, les Etats, en droit international- édicte et sanctionne ; lois écrites décrivant des comportements et instituant les sanctions afférentes auxdits comportements avant la commission de l'infraction, s'entend. Autrement dit, ce n'est pas une véritable loi internationale que l'accord de Londres, compte tenu de sa promulgation tardive, intervenue après les faits qu'il avait pour objet de réprimer. Admet-on en ce cas précis l'application de la théorie des traités déclaratifs de droit, partant, la valeur juridique des incriminations y incluses ? Soit, mais cela ne change rien à l'affaire. Ce n'est toujours pas du droit que le jugement de Nuremberg, eu égard à la rétroactivité des peines prononcées à l'encontre des accusés.

Au demeurant, il est vain de tenter d'opposer ici des notions aussi abstraites que la justice, par exemple, ou encore les exigences du bien public. Car pour les juristes de la stricte observance, « la justice en tant que réalité autonome n'existe pas, seule compte la règle légale. Un acte n'est un crime que parce qu'il a été défini comme tel par le code. Et le droit de la peine ne peut être fondé sur rien d'autre que sur le droit positif. C'est au terme d'un processus essentiellement politique que sont définis les délits et légitimées les peines »<sup>11</sup>. En d'autres termes, la justice, c'est le droit, et le droit, c'est la loi. Quant au bien public, le principe de légalité est là pour en garantir la réalisation par la protection des intérêts individuels, la défense des justiciables contre l'arbitraire étatique et le maintien de la stabilité des institutions.

A faire de cette doctrine une profession de foi -défendable, certes, dans une société idéale où le législateur serait pétri de sagesse et les justiciables dépourvus de tout esprit critique-, autant vaut en tirer toutes les implications pratiques, et c'est alors qu'elle apparaît inacceptable en ses termes, au regard de l'utopie dont elle procède.

Chacun est libre de considérer le droit de Nuremberg comme « illégal ». Mais qui peut admettre -sinon ceux qui les ont faites et appliquées- la valeur juridique de ces lois, pourtant régulièrement promulguées et respectueuses du principe de légalité, qui ordonnent et légitiment l'assassinat, l'enfermement et la spoliation d'individus innocents de tout crime, si ce n'est celui de leur naissance ou de leurs convictions personnelles ? La question ne

---

<sup>11</sup> M. CUSSON, « Pourquoi punir ? », *op. cit.*, p. 8.

se pose pas, du moins pour tout être doué d'un minimum de sens moral ; dès lors, la conclusion qui s'impose paraît être celle de Cicéron, pour lequel « il y a des lois qui ne valent guère mieux que les conventions d'une bande de brigands ».

C'est donc bien qu'il existe des valeurs au-dessus des lois, des points de référence, des critères d'évaluation et de comparaison, tels que nos conceptions du juste et de l'injuste. Et c'est là, d'ailleurs, que plongent les racines de bon nombre d'incriminations sanctionnées par tous les codes pénaux, mais après coup, comme autant de proclamations de ce qui est juste et nécessaire à la vie en société. Ainsi, les notions de meurtre ou de vol ne sont pas issues du bon vouloir du prince ; elles existaient bien avant qu'un législateur n'en fasse l'objet d'une prohibition légale. « Le vol n'est pas un acte injuste parce qu'il est interdit », a écrit M. Cusson ; « il est interdit parce qu'il est considéré universellement comme un acte injuste »<sup>12</sup>. Aussi faut-il en induire que le droit positif ne peut se suffire à lui-même ; et ce qui est vrai du droit interne l'est plus encore du droit international pénal, dont nous connaissons les conditions très particulières d'élaboration.

*Sous-section II – Crime contre l'humanité et principe de légalité des délits et des peines : une oiseuse diatribe*

« (...) Dans un donné international où le crime règne davantage que la loi et où l'anarchie domine, le respect scrupuleux des procédures n'a guère plus de signification qu'un sens giratoire dans la jungle. Pour retrouver le chemin du droit, il faut d'abord retrouver celui de la Justice », déclarait E. Aronéanu à propos d'une affaire sensiblement identique à celle qui nous occupe<sup>13</sup>.

D'un point de vue rationnel, il faut reconnaître que cette opinion a pour elle de nombreux arguments. Indéniablement, les sanctions distribuées à Nuremberg le furent en violation de la maxime *nulla poena sine lege*. Mais cette maxime ressortit au droit pénal interne, droit ordinaire fait pour des circonstances ordinaires, « droit-nain en comparaison de celui qui devrait exister à la taille des criminels (...) »<sup>14</sup>. De telle sorte que « hors d'échelle, le légalisme du quotidien fait scandale, quand prétendent s'en prévaloir les brutes qui ne connaissent l'humanité que comme objet de crime. Il faut oser le dire... Est-ce une raison, pourtant, pour les mettre hors la loi ? », questionne l'auteur de ces lignes avant de conclure : « Nullement, tout est de

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>13</sup> Il s'agit de l'affaire Eichmann. Cité par A. Boissarie, dans la préface qu'il consacre à l'ouvrage de l'auteur, « Le crime contre l'humanité », *op. cit.*, p. 10.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 51.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

les soumettre à une loi à leur mesure (...) »<sup>15</sup>.

Une loi à leur mesure, voilà qui fut fait à Nuremberg comme ailleurs, lorsque des cas similaires, participant de la même cause, furent portés devant les tribunaux. Et chaque fois, ces solutions parurent s'imposer au plus grand nombre avec la force d'on ne sait trop quelle évidence, cette conviction qu'il était fondamental d'assurer le cours de la justice en bousculant au besoin les règles ou les procédures préétablies, préoccupations minimes et dérisoires au regard des principes essentiels pour l'humanité qu'il s'agissait alors de proclamer, de promouvoir et de défendre.

Néanmoins, objecteront les sceptiques, il convient de rappeler aux mémoires le double idéal servi par le principe de légalité avant d'adhérer totalement à cette prise de position. S'il s'agit de justice, il s'agit également, et au même titre, de sécurité juridique. Sans doute ne discute-t-on pas sur la justice, cette notion essentiellement subjective -ne parle-t-on pas d'« un sentiment de justice » ?-, résultat d'évaluations et produit de jugements de valeur. Et l'on peut concevoir qu'elle puisse se satisfaire d'une atteinte à la règle de la légalité criminelle si les circonstances l'exigent, comme ce fut le cas en 1945<sup>16</sup>. En revanche, la sécurité juridique est une notion objective, uniquement garantie par le respect de l'adage *nulla poena sine lege*. La question qui vient immédiatement à l'esprit est alors la suivante : que devient-elle lorsque l'adage est écarté et quelle part lui reste-t-il désormais en droit international, cependant qu'un texte de droit positif, la déclaration universelle des droits de l'homme, a démontré le prix que la société des Etats attachait à la sécurité de ses justiciables par la proclamation du principe de la légalité criminelle ?

A première vue, les points soulevés par l'interrogation n'apparaissent pas négligeables ; il est loisible toutefois d'en inverser les termes pour la combattre sur son propre terrain, compte tenu des considérations suivantes.

Justice et sécurité juridique allaient de pair dans le cas précis du jugement des crimes contre l'humanité, a démontré H. Meyrowitz : prétendre l'inverse reviendrait à appliquer un strict raisonnement abstrait à une hypothèse qui ne souffre que l'appréciation *in concreto*, forte de toutes les circonstances de la cause. Pour peu qu'un conflit surgisse entre la justice et la sécurité juridique, il est vrai que la dernière doive l'emporter, car elle

---

<sup>15</sup> C. Lombois, D. chronique internationale. « Droit pénal international », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1984, p. 801 et 802.

<sup>16</sup> Nous y reviendrons ultérieurement, dans le cadre des fondements de la peine infligée aux criminels contre l'humanité.

seule est susceptible de garantir la continuité du droit ; mais dans des circonstances normales et ordinaires, s'entend. En effet, cette solution ne peut s'accommoder à certaines situations pénales exceptionnelles en lesquelles son application créerait un scandale intolérable, insupportable : ainsi en irait-il de l'impunité des crimes contre l'humanité. Et c'est alors que la justice, impératif pour la conscience morale autant que juridique, ne peut faire autrement que de prévaloir sur la sécurité des justiciables. D'ailleurs, poursuit l'auteur, « cette primauté donnée à la justice, loin de sacrifier à l'idée de sécurité juridique, la sert, car, en l'occurrence, le triomphe de la justice est seul capable d'assurer la continuité du droit. C'est l'impunité des crimes nazis qui aurait corrompu la sécurité juridique »<sup>17</sup>, celle de l'humanité toute entière à travers ses millions de victimes entièrement innocentes.

Par ailleurs, il suffit de rappeler la signification précise que revêt cette formule de « sécurité juridique »<sup>18</sup> pour admettre aussitôt qu'elle ne fut guère compromise par le jugement des criminels nazis. Il s'agit simplement de ne pas surprendre les citoyens ou les sujets de droit par des sanctions rétributives de comportements dont ils ignoraient de bonne foi le caractère délictueux au moment de leur commission. Or il a déjà été prouvé que les justiciables du Tribunal de Nuremberg avaient agi sciemment, en pleine connaissance de cause. Sans doute pourra-t-on toujours arguer du fait qu'ils ignoraient au moins quelque chose au temps de l'action : le caractère internationalement punissable de leurs actes, dépourvus de sanctions pénales internationales préétablies. Du moins en connaissaient-ils non seulement le caractère internationalement illicite, ce qui est déjà beaucoup, mais encore le caractère nationalement criminel, puisque l'homicide est incriminé et puni pour toutes les législations pénales internes, y compris celle de l'Allemagne avant sa modification par les lois issues du régime national-socialiste. Et ce dernier élément revêt une importance fondamentale dans la présente hypothèse -alors même qu'elle se situe dans une perspective internationale-, puisqu'il repose sur un texte de droit positif.

L'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme a effectivement intégré le principe de légalité dans le droit international. Mais encore importe-t-il d'en reprendre la teneur, ne serait-ce qu'aux fins d'apprécier le sens que ses rédacteurs ont entendu attacher à la formule de « la sauvegarde des droits et des libertés de l'individu », justiciable international : « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte

---

<sup>17</sup> H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 359.

<sup>18</sup> Nous parlons de la sécurité juridique appréciée du point de vue des justiciables.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

délictueux d'après le droit national ou international ». C'est ainsi que l'Assemblée générale de l'O.N.U. a donné le droit interne en renfort des normes internationales pénales, pour pallier leurs éventuelles -mais prévisibles- défaillances.

Au vu de ce texte, peut-on encore invoquer une quelconque atteinte à la sécurité juridique dont eussent pu souffrir les grands criminels du fait de leur jugement ? Si le meurtre d'un seul est un crime en vertu du droit national, il faut admettre, en bonne logique et en toute justice, qu'il en va de même -et *a fortiori*- de l'assassinat de millions. Autrement exprimée, cette idée se retrouve dans la déclaration faite par le procureur britannique devant la Cour de Nuremberg :

« Il existe une grande différence entre le fait de dire à quelqu'un : « Vous allez maintenant être puni pour un acte qui n'était pas un crime au moment où vous l'avez commis » et le fait de lui déclarer : « Vous allez maintenant subir le châtement d'une conduite qui était contraire à la loi et qui était un crime quand vous l'avez eue, bien que, par suite de l'imperfection du système international, il n'existât pas à l'époque de tribunal compétent pour prononcer un jugement contre vous. Si c'est là de la rétroactivité, poursuit-il, nous prétendons qu'elle est absolument conforme à cette justice supérieure qui, dans la pratique des Etats civilisés, a mis une limite précise à l'effet rétroactif des lois »<sup>19</sup>.

### *Sous-section III- Les justifications de l'atteinte à la règle nulla poena sine lege*

Comme le suggère cet intitulé, il reste une ultime méthode d'investigation susceptible d'être rapportée à la question résolue, en termes différents, par les tenants des deux doctrines précédentes. Plutôt que de nier -avec plus ou moins de bonheur- l'un ou l'autre de ses aspects essentiels, il paraît au contraire plus judicieux de les réunir pour les aborder de front, de manière à justifier -autant que faire se peut- l'atteinte qui fut portée, en des circonstances exceptionnelles, au principe de légalité et à la règle de la non-rétroactivité des peines.

Il a déjà été question, au cours de notre propos antérieur, de la règle de la légalité criminelle. Nous la décrivions alors comme un principe général de justice dépourvu du caractère absolu que d'aucuns, en confondant l'être et le devoir être, persistent à lui attribuer. Ainsi se souvient-on de la certaine désaffection dont la règle a pu faire l'objet au fil des décennies, en son

---

<sup>19</sup> Sir H. Shawcross, « Le procès de Nuremberg, exposés introductifs », *op. cit.*, p. 59.

domaine naturel de droit continental interne. N'évoquait-on pas alors son déclin sur le double plan législatif et judiciaire, selon la formule consacrée par deux éminents pénalistes ? Sans doute faut-il le déplorer, eu égard à ses causes essentiellement politiques ; mais il faut bien l'admettre.

Il est des situations, en revanche, où il n'y a pas lieu de se plaindre de ce défaut de caractère absolu, soit qu'il procède du particularisme de certains systèmes juridiques, soit enfin qu'il réponde à une impérieuse nécessité de justice.

De première part, la conception légaliste de la maxime *nullum crimen...* n'est évidemment concevable que là où le droit est entièrement codifié, ce qui n'est le cas ni outre-Atlantique, ni outre-Manche. Elle ne saurait donc prétendre à la dignité d'un principe de droit universellement reconnu, en raison des divergences d'élaboration et d'évolution qui séparent les législations continentales des systèmes de *common law*. Il est indubitable cependant que ceux-ci en accueillent l'esprit, sinon la lettre, tout comme le droit international avec lequel ils entretiennent certaines relations de parenté sur le terrain de la technique juridique. La règle revêt alors une portée autre et une valeur toute particulière qu'il n'est pas inutile de préciser, dans la mesure où sa conception anglo-saxonne paraît devoir s'adapter au droit international bien mieux que ne saurait le faire sa conception continentale légaliste (A).

Il peut enfin se produire que l'application du principe de légalité, en tant que principe général de justice, soit affectée dans certaines hypothèses par d'autres principes de même nature dont la reconnaissance présente un intérêt de valeur supérieure pour la Justice avec un grand J, cet idéal que tous cherchent à satisfaire. Quels sont ces principes et comment les distinguer des mobiles -politiques- beaucoup moins nobles invoqués à l'appui du déclin, en matière interne, de la règle de la légalité criminelle ? La question présente un intérêt particulier dans le cas précis des sanctions infligées aux accusés de Nuremberg. Quant à la Justice, cette abstraction valeur en soi, où faut-il en rechercher les critères, dans une sphère internationale chaotique où le pire côtoie bien souvent le meilleur ? Ces interrogations se posent comme autant de problèmes fort malaisés à résoudre, lorsqu'ils font l'objet d'une approche abstraite et directe. Du moins peut-on en faciliter le dénouement par le raisonnement *a contrario*, en cherchant leurs réponses dans le fondement du droit de punir, cet *ultima ratio* du droit pénal (B). Il paraît enfin opportun de compléter la démonstration par l'exposé des fondements de la peine, de façon à clore définitivement la question agitée par la rétroactivité des sanctions distribuées aux criminels contre l'humanité de la seconde guerre



## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

mondiale (C).

### A - Principe de légalité et *common law*

Tant par ses origines historiques que par ses justifications théoriques, la règle *nulla poena sine lege* revêt deux acceptions distinctes commandées, à l'évidence, par les particularismes propres à l'esprit et à la technique de chaque groupe de systèmes juridiques. Il paraît donc erroné, voire absurde de l'entendre uniquement de la conception légaliste qui est la sienne sur le continent européen pour vouloir à toute force la transposer en un domaine, comme le droit international, qui ne peut pas plus y souscrire qu'en respecter les implications, faute de structures, ou même, à certains égards, faute d'objet.

Il reste alors à exposer la seconde acception de la règle « nulle peine sans loi », à savoir celle qu'elle possède en droit anglo-saxon pour tenter un transfert qui, d'ores et déjà, paraît beaucoup plus fructueux, ne serait-ce qu'en raison d'un contexte juridique à peu près similaire, du moins en ses grandes lignes, à celui du droit international public notamment pris en sa branche répressive.

Comme principe de droit public, la règle de la légalité est apparue en Angleterre puis en Amérique du Nord pour formuler un droit fondamental de l'individu, celui d'être protégé contre l'arbitraire étatique. Néanmoins, elle n'a jamais reçu forme et force de loi dans la législation britannique, la seule conséquence en dérivant étant simplement la conviction commune que la rétroactivité des lois doit en principe être tenue pour condamnable. Par ailleurs, la constitution américaine interdit expressément la promulgation et le recours aux lois pénales *ex post facto*. Mais il faut aussitôt observer ici et là que la *statute law* -c'est-à-dire l'ensemble des textes de nature répressive- ne constitue pas la seule source de droit criminel. Lorsque celle-ci n'a pas réglementé une matière, les juges anglo-saxons sont en effet autorisés à puiser les normes pénales nécessaires dans la *common law* (entendue en un sens étroit), à savoir cette partie du droit au sein de laquelle cohabitent, selon Kent, « (...) ces principes, usages et règles, applicables au gouvernement, aux personnes et aux biens, dont l'autorité ne repose pas sur une déclaration expresse de la volonté du législateur »<sup>20</sup>. Voilà qui peut paraître singulier au juriste de formation continentale dont l'esprit rationnel, légaliste et universaliste ne peut que s'opposer à l'esprit particulier, typiquement anglo-saxon, qui a présidé à la formation de la *common law*. Du

---

<sup>20</sup> Cité par A. et S. Tunc, *Le droit des Etats-Unis d'Amérique, sources et techniques*, Paris, Librairie Dalloz, 1955, p. 86.

moins pourra-t-il se faire une idée plus précise de la chose après avoir pris connaissance de la triple définition proposée, à cet égard, par le doyen Roscoe Pound.

Comme tout système de droit, la *common law* est essentiellement une tradition enseignée d'idéaux, de méthodes, de doctrines et de principes. Aussi se caractérise-t-elle « par une technique de solution des conflits, consistant à leur appliquer des principes dégagés de l'expérience judiciaire conservée dans les recueils de jurisprudence ». Evidemment, la *common law* constitue en même temps « un système, un ensemble de règles, de doctrines, de principes », ce qui ramène sans doute à la définition de Kent précitée, avec cette précision supplémentaire importante que « sous cet aspect, la *common law* est en perpétuel état d'adaptation (...) ».

Pour saisir le sens de cette dernière assertion, il paraît utile et opportun de la rapprocher du troisième volet de la définition du doyen Pound, pour lequel la *common law* est aussi « le résultat d'une attitude d'esprit particulière (...), qui envisage les choses d'une manière concrète, non dans l'abstrait ; qui a foi dans l'expérience plus que dans les abstractions. C'est une attitude d'esprit qui préfère avancer prudemment, sur le fondement de l'expérience (...), comme la justice dans chaque cas semble le requérir, au lieu de s'efforcer de tout ramener à de prétendus universaux. C'est une attitude d'esprit qui n'a pas l'ambition de déduire la solution d'un problème présent d'une proposition formulée universellement, comme voudrait le faire une personne qui ne conçoit pas la nature des problèmes avec lesquels un tribunal est confronté. C'est un état d'esprit fondé sur la solide habitude anglo-saxonne de manier les choses et de régler les problèmes comme ils se présentent, au lieu d'anticiper sur leur solution par des formules abstraites universelles »<sup>21</sup>.

En résumé, la *common law* doit être comprise comme un corps de règles juridiques bipartite, composé d'un élément statique d'origine coutumière -les décisions passées, les précédents- et d'un élément dynamique incontestablement judiciaire, celui qui fait évoluer le droit sous l'influence des considérations sociales. En effet, l'originalité de la nouvelle décision par référence au droit antérieur est très souvent envisagée en doctrine comme l'expression des idées couramment admises à une époque donnée, ce qui engendre alors une forme nouvelle de coutume.

Le fait que l'organe régénérateur de la *common law* soit de nature judiciaire n'implique évidemment pas que le juge anglo-saxon puisse statuer de façon arbitraire, en s'arrogeant le pouvoir de faire le droit. Pour le

---

<sup>21</sup> Egalement cité par A. et S.Tunc, *ibid.*, p. 87 et 88.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

magistrat, il s'agit simplement de le faire évoluer pour l'adapter aux circonstances nouvelles auxquelles il peut se trouver confronté, quitte à modifier des règles anciennes, voire même parfois à les renverser pour poser des règles inédites, animé par le double souci de ne pas léser les attentes légitimes des parties tout en n'affaiblissant pas la cohérence du droit. Au demeurant, « il est même bien évident que l'ensemble des règles de la *common law* n'est pas le résultat de décisions arbitraires, et que le juge n'est qu'un organe exprimant les idées du corps social dans lequel il est plongé, idées qu'inspire peut-être d'ailleurs, plus profondément, le droit naturel »<sup>22</sup>.

Revenons-en maintenant au droit plus spécifiquement pénal pour examiner, forts des considérations qui précèdent, la règle de la légalité criminelle à la façon d'un esprit rompu au droit américain ou britannique : deux conclusions s'imposent aussitôt comme autant d'évidences.

De première part, nous sommes bien loin des conceptions légalistes de la maxime *nulla poena sine lege*, compte tenu du particularisme anglo-saxon tout entier contenu dans la déclaration suivante : « La *common law* (...) n'est jamais entièrement statique, mais sera modifiée et étendue au moyen de l'analogie, de l'interprétation et de la coutume, de manière à s'étendre à des rapports nouveaux, surgissant de temps en temps d'une amélioration et d'un changement de la société »<sup>23</sup>. D'ailleurs, certains arrêts n'ont pas hésité à y inclure, outre les principes du droit international public, « les maximes générales et les prescriptions du christianisme »<sup>24</sup>. A proprement parler, le terme de *law* (tiré de la formule *common law*) ne peut donc pas être traduit ici par celui de « loi » ; il convient de l'entendre plutôt d'une sorte de droit coutumier enrichi des normes fondamentales de la justice et de la morale, qui confère aux juges la faculté de créer un précédent et de punir, à l'occasion, un acte qui lors de sa commission n'était pas expressément déclaré punissable.

Voilà qui est susceptible de conforter l'idée d'une parenté certaine de technique juridique entre les systèmes anglo-saxons et le droit international pénal. Comme ce dernier, la *common law* (comprise en un sens large) n'est pas un droit entièrement codifié. Dans les deux hypothèses, il s'agit d'un *judge made law*, c'est-à-dire d'un droit de juge, d'un droit de cas. Nous concluons donc, avec H. Meyrowitz, qu'« il est de l'essence d'un tel droit de

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 95. Sur l'ensemble de la question relative à la *common law*, voir les p. 25 à 104 du même ouvrage.

<sup>23</sup> Brill, *Encyclopaedia of criminal law*, t. 1, 1922, cité par H. Meyrowitz, *ibid.*, p. 356.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 355.

« rétroagir », dans la mesure où « le premier cas d'une jurisprudence nouvelle, le précédent, tombe nécessairement sous le coup d'un droit qui n'était pas encore sanctionné au moment des faits »<sup>25</sup>.

Est-il cependant besoin de préciser que le procédé n'est pas plus commun qu'usuel ? S'il est vrai que les juges anglo-saxons -partant, les juges internationaux- sont investis d'un certain pouvoir répressif autonome, créateur de la règle de droit, il faut aussitôt observer qu'ils sont tenus d'en user seulement à bon escient, lorsque les circonstances de la cause sont telles qu'elles ne leur laissent aucune autre possibilité de choix. Et c'est curieusement sur ce point que *common law* et droits continentaux se rejoignent, mise à part la subtilité des terminologies, pour ce qui concerne la méconnaissance de la règle de la légalité criminelle : car si lesdites circonstances permettent ici, elles justifient ailleurs la violation de l'adage *nulla poena sine lege* en considération de l'importance et de la valeur des intérêts qui en font l'enjeu ; d'où l'utilité d'en rechercher la nature là où elle se trouve, notamment dans les fondements du droit de punir les criminels contre l'humanité de la seconde guerre mondiale.

#### B - Nuremberg ou les fondements du droit de punir en droit international

Il faut en convenir, aucun fondement purement juridique ne peut être assigné au châtement des crimes contre l'humanité, en raison du défaut évident de sanctions préétablies, antérieures à la commission des faits ; ce qui du reste ne signifie nullement qu'il faille aussitôt bannir le droit des solutions juridictionnelles du conflit pour les expliquer par des arguments aussi contestables que la vengeance, la victoire ou la force : nous avons suffisamment dénoncé l'inanité de telles conceptions pour qu'il soit nécessaire d'y revenir, si ce n'est pour dire encore qu'elles se refusent à apprécier le problème sous son éclairage véritable. C'est bien de droit dont il fut question en 1945, assurément pas de droit commun fait pour les situations pénales internes et ordinaires, mais de droit des infractions internationales dans toute la mesure de sa spécificité. Bien plus que de l'admettre, autant vaut donc lui conférer une position clé en en faisant le fil conducteur de l'analyse, à peine de se fourvoyer inconsidérément en des voies aussi divergentes que stériles.

Des divers postulats que nous avons déjà eu l'occasion d'invoquer, il en est certains qui méritent la plus grande attention dans le cadre de la recherche relative aux fondements du droit de punir. C'est ainsi qu'il a été fait diverses allusions à la filiation du droit international pénal, cette filiation

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 357.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

de droit naturel posée comme axiome de départ mais surtout réaffirmée par le droit de Nuremberg, cette circonstance étant de nature à en montrer l'effectivité. Il paraît donc opportun d'en développer davantage la matière. Par ailleurs, nous remarquons non seulement la valeur, mais encore l'influence de certains facteurs extra-juridiques sur les modes de création du droit international public ; or il est remarquable que la coloration de ce « non-droit » s'intensifie à la lumière du droit des infractions internationales, d'où l'importance à lui concéder pour fonder, en droit, le châtement des crimes contre l'humanité.

Est-il paradoxal que de prétendre faire du droit précisément avec ce qui n'en est pas, ou du moins qui n'en est pas encore ? Nous ne le pensons pas. Il semblerait au contraire que la conjugaison de ces divers facteurs -qu'il s'agisse de droit naturel ou d'éthique-, avalisée de surcroît par la sanction de la conscience universelle, puisse produire du droit aussi sûrement, voire peut-être même plus fermement que la « loi internationale ».

### 1°) Le droit naturel, générateur et dynamique du droit international pénal

#### a) Une tentative de définition

Il s'agirait d'une entreprise de trop grande envergure que de chercher à dresser un catalogue complet de toutes les doctrines bâties, depuis l'Antiquité grecque, autour des concepts de « nature » et de « droit naturel ». Cette entreprise apparaîtrait d'ailleurs d'autant plus vaine qu'elle se situerait, pour partie, en dehors de notre propos. Toutefois, c'est précisément parce qu'on a tant dit et tant écrit sur ce thème qu'il faut nécessairement y entrevoir un fond de réalité. Comme l'a noté P. Jestaz, « tous ces penseurs qui sans relâche tournent autour de la notion pressentent à coup sûr quelque chose »<sup>26</sup>. Mais qu'en est-il exactement de ce « quelque chose », dans cette sphère si mal définie des relations interétatiques, envisagées de surcroît sur un terrain spécifiquement répressif ?

A tout le moins, il s'agira de la justification philosophique d'un droit positif engendré en des circonstances aussi extraordinaires que dramatiques ; mais on peut y voir bien plus encore, si l'on observe l'évolution du droit international pénal en remontant jusqu'à ses plus lointaines origines. Le droit naturel en constituerait alors le fondement, il serait le commencement des travaux de la discipline et tendrait non seulement à « innover » l'ordre positif mais à le dynamiser, à le pénétrer par

---

<sup>26</sup> P. Jestaz, « L'avenir du droit naturel », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1983, p. 233.

l'évidence et la logique des solutions à induire de ses normes et préceptes. En d'autres termes, ce serait « un droit idéal et transcendant, essentiellement teinté d'impératifs moraux », ou un concept « qui ressortit à l'ordre des valeurs (morale au sens élevé, justice [...]), et prétend donner au droit ses fondements éthiques »<sup>27</sup> ; d'où la constatation suivante, qui s'impose en quelque sorte d'elle-même :

« Le droit naturel, c'est au fond le droit tout court et l'on mesure ainsi l'inanité d'un adjectif dont la suppression s'opère dans l'indifférence générale. Le droit ni français, ni allemand, etc., mais le droit en soi. Le droit au sens où l'on s'indigne d'une décision contraire au droit. Et même le droit au sens où l'on dit qu'un tel a étudié le droit à Paris dans les années cinquante car si pour l'essentiel l'intéressé a dû apprendre le droit français de cette époque, nul doute pourtant que son esprit n'ait été formé à quelque chose qui dépasse les contingences de temps et de lieu, à un je ne sais quoi que la Rome de Justinien et les pays du *Common Law* partagent avec nous. Ce je ne sais quoi serait un certain refus de l'arbitraire qui caractériserait le droit ou l'idée de droit, toute la question revenant à savoir si le droit existe indépendamment de l'idée que l'on s'en fait ». Or contre l'arbitraire, entendu comme règne de la force et du bon plaisir, « les juristes proclament le droit naturel comme une valeur », constate encore l'auteur de ces lignes<sup>28</sup>.

#### b) Des origines du droit naturel

Ainsi comprise, l'idée de droit naturel se rattache très certainement à des origines religieuses. M. Villey l'a rappelé, la loi morale chrétienne ne s'est jamais limitée aux seuls textes de l'Écriture Sainte, qu'il s'agisse de l'Ancien Testament ou de l'Évangile. Après saint Augustin, tous les théologiens laissent une place, dans cette morale, aux lois temporelles humaines -censées dérivées de la loi divine- ainsi qu'à la « loi naturelle » que Dieu aurait inscrite dans la nature de l'homme, professe saint Paul, dans la mesure où il l'aurait gravée dans le cœur de chacun. L'idée fructifie et sera glorifiée par les clercs de la seconde scolastique espagnole puis, plus tard, dans les traités issus de l'école moderne du droit naturel dont Grotius sera le fondateur. Tous feront du droit une branche de la morale en s'appuyant, bien plus que sur les textes sacrés, sur la loi morale naturelle<sup>29</sup>.

Le concept aurait-il survécu au point d'exercer une influence sur la

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 238 et 239.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> M. Villey, *Philosophie du droit*, op. cit., t. 1, p. 105. Sur les nuances et les distinctions caractérisant chacune des doctrines mentionnées, voir p. 104 à 107.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

doctrine ou sur les solutions effectives du droit international pénal contemporain ? La question appelle d'emblée un premier commentaire : pour peu que l'on évoque l'inorganisation et le défaut de structures de la société qu'il régit... on ne peut que le souhaiter, ou du moins l'espérer. Car nulle communauté ne peut survivre, à long terme, sans adhésion à un certain mode, même minimal, de conduite morale. Cela dit et abstraction faite de toute prise de position personnelle, il y a tout lieu de le croire, après avoir suivi pas à pas la genèse de la discipline, parallèlement à l'évolution du droit de la guerre. Cette conviction s'impose d'autant plus à l'esprit qu'elle constitue une justification au droit de punir les auteurs de crimes contre l'humanité, quand bien même serait-il nécessaire pour ce faire de promulguer une loi postérieure aux faits condamnés par l'éthique.

### 2°) Le droit naturel, un fondement au droit de punir

Qu'elle soit empruntée à ses sources religieuses ou profanes, la loi morale naturelle exigeait la punition des crimes contre l'humanité reprochés aux grands criminels à l'issue du conflit. La maxime *nulla poena sine lege* est en effet limitée par l'éthique, a affirmé Wimmer : s'il n'existait pas de prohibition législative au temps de l'action, une prohibition morale suffisait à justifier le châtement à condition toutefois que les actes en question aient porté atteinte à la vie sociale. A l'égard de cette catégorie d'agissements, le droit naturel postule la conformité de la morale et du droit positif, conformité que le législateur est légitimement fondé à établir, même avec rétroactivité, en promulguant une loi postérieure aux faits qu'elle a pour objet de réprimer.

Cette argumentation a fait l'objet du correctif suivant. Pour être justifiée sur le terrain de l'éthique, la rétroactivité doit affecter la sanction de ces actes qui offensent gravement la morale et portent gravement atteinte à la communauté humaine<sup>30</sup>. Or il est clair que cette double condition se trouve pleinement remplie dans l'hypothèse des crimes contre l'humanité, cette catégorie juridique destinée à protéger l'un de ces droits qu'il est convenu d'appeler « droits naturels primaires », en l'occurrence le droit à la vie contre l'atteinte la plus grave qui puisse y être portée.

Les droits naturels primaires sont ceux que l'intelligence -ou si l'on préfère la nature humaine, la raison- appréhende intuitivement sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été informée de leur existence par l'activité d'un quelconque législateur. Ils « s'imposent, en quelque sorte, d'eux-mêmes et se

---

<sup>30</sup> La rétroactivité ne serait condamnable que si elle visait à punir des actes moralement et socialement indifférents. H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 359 et 360.

trouvent promulgués d'office, inscrits qu'ils sont au plus profond des cœurs », si bien qu'ils n'ont pas besoin d'être reconnus par une loi préexistante aux faits : « La raison d'être des lois positives comme de leur promulgation est de lever tout doute sur l'existence des droits qu'elles consacrent et d'assortir ces droits de voies et moyens d'exécution. Or lorsqu'aucun doute n'existe au sujet d'un droit et de la peine que sa violation naturellement comporte, est-il absolument besoin de plus amples précisions ? »<sup>31</sup>.

Appréciée sous cet angle, la dérogation apportée au principe de non-rétroactivité des lois par le droit de Nuremberg apparaît pleinement justifiée. Ou mieux encore : en poussant plus avant l'analyse, on peut aller jusqu'à considérer que l'adage *nulla poena sine lege* n'a subi aucune violation, dans la mesure où la loi internationale incriminée portait seulement les apparences de la rétroactivité. Sans doute s'agissait-il d'une loi nouvelle, postérieure aux faits ; mais le droit qu'elle mettait en formule ne l'était pas. Il était déjà en vigueur au moment de la commission des infractions, non sous la forme d'un droit écrit mais, selon la formule de Radbruch, comme « droit naturel, comme droit de la raison, bref, comme droit supralégal »<sup>32</sup>.

Le dernier mot de cette formule laisse toutefois à méditer. Comment ce droit pourrait-il être plus que légal –« supralégal »– alors même qu'il n'a pas encore reçu la sanction officielle du législateur ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que l'on ne saurait ignorer combien le concept de droit naturel a pu de tous temps prêter le flanc aux doutes et aux critiques de ses détracteurs : se distingue-t-il du droit positif ? C'est donc qu'il participe du domaine de la philosophie,... et qu'il y demeure, en tant que pure abstraction. S'y intègre-t-il ? Il perd en conséquence sa dénomination première, si bien que l'adjectif « naturel », dans les deux cas, ne peut signifier que « non reconnu par le droit ».

Ces remarques comportent certainement une part de vérité, mais le raisonnement global et les solutions auxquelles elles aboutissent n'en pèchent pas moins par défaut. Pour décrire l'évolution d'une idée, il ne suffit pas d'en préciser les origines et d'en constater l'épilogue. Cette démarche est lacunaire en ce sens qu'elle occulte l'essentiel, à savoir ce stade intermédiaire où le droit naturel n'est plus concept philosophique pour être déjà du Droit avant même d'avoir fait l'objet d'une loi positive. Mais il aura fallu, pour le sortir de ses limbes, l'intervention et la sanction d'une autorité supérieure au

---

<sup>31</sup> Communication de M.B. Tabbah aux « Travaux du colloque de philosophie du droit comparé », Toulouse, 1964, p. 228.

<sup>32</sup> Radbruch, S.J.Z. 1947, col. 135 et 136, cité par H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 361.



## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

législateur -une autorité « supralégale »-, de telle sorte que celui-ci n'a d'autre alternative que de reproduire la volonté exprimée par elle. La conscience universelle, tel est le nom de cette entité si puissante qu'elle constitue, en fait, la première source de droit.

### a) La sanction de la conscience universelle

Quel que soit le domaine en lequel elle se situe, la justice pénale est une matière pétrie de jugements de valeur. Il est évident que des concepts comme ceux de crime, de faute ou de justice sont chargés d'évaluation. Redisons-le : le meurtre, le vol ou l'escroquerie ne sont pas des actes injustes parce qu'ils font l'objet d'une prohibition légale. Bien au contraire, ils sont prohibés parce qu'ils sont universellement réprouvés, jugés antisociaux et considérés comme injustes. Aussi les troubles collectifs qu'ils engendrent sont tels qu'ils entraînent invariablement dans leur sillage « cette réaction particulièrement violente qu'on appelle la peine »<sup>33</sup>.

De même que l'organisme humain possède un système immunitaire prêt à réagir à toute attaque de nature infectieuse, de même, le corps social connaît de ces réflexes de défense à l'encontre des actes susceptibles d'en menacer l'équilibre, en ce sens qu'ils portent atteinte aux valeurs et aux normes de conduite adoptées par le plus grand nombre. Or « si ce réflexe fonctionne, ont noté MM. Merle et Vitu, c'est parce qu'en arrière-plan des valeurs se profilent des sentiments collectifs qui attachent affectivement les membres d'un groupe à leurs normes de conduite ». Mais encore importe-t-il de préciser que les divers sentiments susceptibles d'unir les membres du groupe en une conviction commune ne sont pas tous de sensibilité identique. Selon Durkheim, seuls les actes qui blessent « les états forts et définis de la conscience collective », seuls les agissements qui heurtent directement les sentiments « fortement gravés dans les consciences » peuvent atteindre le seuil à partir duquel ils provoquent une charge émotionnelle suffisamment intense pour déterminer la réaction (ou vindicte) sociale<sup>34</sup>.

Si l'évolution de ce processus vaut pour n'importe quel ordre juridique, il convient néanmoins de distinguer le droit des infractions internationales du droit pénal interne sur deux points essentiels.

En premier lieu, l'omniprésence des normes répressives internes suffit à démontrer que le législateur national ne limite pas ses interventions au seul domaine des valeurs considérées comme essentielles par le groupe social, à

---

<sup>33</sup> La formule est due à MM. Merle et Vitu.

<sup>34</sup> Voir R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 30, n° 6 et 7.

savoir -à tout le moins- ces normes minimales de conduite morale. Sans doute ne saurait-on concevoir un code pénal qui n'incriminerait ni l'homicide, ni le vol. Mais c'est d'une autre nature et d'une source bien différente de la conscience collective nationale que procèdent quantité de définitions légales, telles par exemple que les infractions au code de la route, les constructions immobilières érigées sans permis de bâtir ou encore les infractions fiscales et douanières : il s'agit là d'incriminations de contingence, de délits de temps et de lieu qui constituent autant de marques d'un droit rigoriste et parachevé, puisqu'il organise également la défense des valeurs politiques, économiques, matérielles et sociales (au sens large du terme).

Ordre essentiellement primitif, l'ordre international est bien loin de répondre aux mêmes critères. Le commencement de droit qu'il s'efforce d'instituer n'a d'autre fonction que de promouvoir et défendre les valeurs essentielles -au demeurant partagées et considérées comme telles par tout groupement social quel qu'il soit- de la communauté qu'il régit. Or ces valeurs sont exprimées par la voix de la conscience universelle avant de l'être par celle du législateur international. Et c'est à ce stade précis du raisonnement que se situe la seconde divergence relevée par référence au droit pénal interne.

On l'a déjà remarqué, l'ordre national manifeste une propension très nette à l'absorption du droit par la loi, puisque la conscience collective de la nation possède un porte-parole -le législateur- susceptible de parler en son nom et d'exprimer au fur et à mesure la volonté exprimée par elle. Or un tel intermédiaire fait manifestement défaut à la conscience universelle, si bien qu'elle est tenue de s'en passer pour proclamer le droit de l'ordre international, quand bien même n'aurait-il pas encore reçu la codification nécessaire à sa mise en application. D'ailleurs, il peut s'écouler un laps de temps considérable avant que cette codification n'intervienne : nous le savons, les Etats n'exercent normalement leurs prérogatives de législateurs qu'à raison de leur seul arbitraire.

Ces prérogatives se transformeront pourtant en obligation et les Etats n'auront plus alors d'autre choix que de mettre en formule la volonté précédemment exprimée par la conscience universelle sous forme de droit, le jour où il y sera porté atteinte de façon telle qu'elle exigera, de surcroît, le châtimement des criminels<sup>35</sup>. Sous ce rapport, il n'est donc plus exact de

---

<sup>35</sup> « Le droit international est au-dessus des Etats et (...) a sa source non pas dans leur volonté, non pas seulement dans les traités qu'ils ont acceptés, mais dans les exigences fondamentales de l'ordre et de la conscience humaine. C'est la conscience

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

prétendre que « le souverain, c'est celui qu'on ne contraint pas » ; car s'il existe une entité qui lui soit supérieure, c'est bien la souveraineté populaire dans le cadre de la nation et celle de la conscience universelle de tout le genre humain dans l'ordre international. Telle est probablement l'idée qu'a voulue exprimer cet auteur pour lequel « le droit de Nuremberg signifie une entrée, ou plus exactement une percée de l'éthique dans le domaine réservé du droit des gens, sous une poussée irrésistible et soudaine (...) de la conscience sociale universelle »<sup>36</sup>. Il semblerait d'ailleurs qu'elle ait été partagée outre-Atlantique par H. Stimson, au point de lui inspirer cette réflexion que « le droit international est l'expression graduelle, cas par cas, des jugements moraux du monde civilisé »<sup>37</sup>.

b) La puissance de la conscience universelle : démonstration et conclusion

Il importe néanmoins de revenir sur les manifestations de cette entité si puissante qu'elle s'affirme, d'emblée, comme un élément moteur capital de l'évolution du droit international, tout autant qu'elle est susceptible d'infléchir, de façon générale, l'orientation du droit y compris même et surtout dans les sociétés internes. Il suffit en effet d'observer que la conscience sociale -autrement dit, l'opinion publique- n'est jamais tenue pour quantité négligeable par les politiques de tous bords, bien que le traitement qu'ils lui réservent soit variable, selon la nature de l'Etat en lequel ils exercent leurs compétences. S'agit-il d'un Etat démocratique, d'un Etat de droit ? C'est alors qu'ils ménagent sa susceptibilité, qu'ils la flattent et qu'ils la respectent parce qu'ils la craignent, à juste titre d'ailleurs. Largement informée par des médias nombreux mais surtout libres, elle peut efficacement prévenir ou étouffer les excès de pouvoir.

S'agit-il d'un Etat totalitaire ? Stratégies et méthodes d'approche changent singulièrement de tournure. Car ici, « tout l'art de gouverner consiste à

---

internationale, ce que les hommes des pays civilisés considèrent comme étant les impératifs du droit international, qui constituent ce droit. Que les Etats les acceptent ou non dans les traités, ce n'est pas à eux de créer le droit international. Celui-ci existe dans la conscience humaine et dans les principes fondamentaux et les Etats n'ont qu'à s'y soumettre et les appliquer. Cette conception [dite du « droit au-dessus des Etats »] considère donc que la source fondamentale du droit international réside dans la conscience internationale (...) », a déclaré M. Teitgen, ministre de la Justice français. *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, t. 24, 1946, p. 165.

<sup>36</sup> J.Y. Dautricourt, « La justice criminelle aux Nations unies, réflexions sur un abandon », *Revue internationale de droit pénal*, 1964, p. 272.

<sup>37</sup> H. Stimson, *The Nuremberg trial : Landmark in law*, revue *Foreign Affairs*, 1947, p. 180.

brider cette immense force latente, à la maintenir dans un état de collaboration ou de non-résistance, ou à l'endormir par une incessante propagande »<sup>38</sup>; encore que même en ce cas, il faut savoir user de diplomatie et composer avec elle. Quel que soit le conditionnement psychologique dont elle a pu faire l'objet, la conscience sociale connaît parfois de ces brusques sursauts susceptibles de contraindre les pires despotes à battre en retraite, à supposer qu'il en soit encore temps. A cet égard, l'expérience vécue par Hitler lui-même vaut à elle seule la meilleure des démonstrations.

Avant d'être appliquée à l'échelon industriel par les nazis, l'extermination systématique des espèces humaines réputées inférieures ou nuisibles devait au préalable être expérimentée, au stade du laboratoire, par des médecins, savants et autres chercheurs allemands ; on ne s'improvise pas du jour au lendemain spécialiste efficace de la mort en série. Ce banc d'essai de l'assassinat méthodique de milliers d'individus fut constitué par ce qu'il est convenu d'appeler l'« euthanasie » des faibles d'esprit et des malades mentaux d'Allemagne.

Sous son aura d'efficacité planificatrice, l'idée avait de quoi séduire les politiques nazis, Hitler en tête. Celui-ci, néanmoins, tergiversa longtemps en attendant l'occasion de la mettre en pratique sans trop se heurter à l'opposition populaire. Elle lui sera offerte avec l'ouverture des hostilités, puisque le décret qui institue le programme d'euthanasie est daté du 1<sup>er</sup> septembre 1939 ; décret, il est vrai, dont la promulgation ne sera jamais rendue officielle, le déroulement de l'action qui en fait l'objet exigeant le secret le plus absolu, comme toutes les affaires nazies de même nature. Ainsi se développe une nouvelle terminologie aussi trompeuse qu'anodine pour masquer, sous le couvert de soins thérapeutiques et hospitaliers, les stations d'euthanasie et leur réelle destination. Les malades y sont conduits à l'issue d'une procédure médicale sommaire, reposant sur l'unique critère de la déficience dont ils sont atteints. Arbitrairement décidé à l'insu des familles, le décès est invariablement imputé à une faiblesse cardiaque ou autre pneumonie à l'issue fatale<sup>39</sup>.

Considéré dès son lancement comme une affaire d'Etat et aussi secret fût-il tenu, le programme d'euthanasie s'ébruitait cependant peu à peu en Allemagne. L'émotion causée aux familles des disparus par des avis de décès

---

<sup>38</sup> J.Y. Dautricourt, *ibid.*, p. 284.

<sup>39</sup> Six stations d'euthanasie furent créées en Allemagne entre 1939 et 1940. 70 273 malades mentaux y furent exterminés, selon un document allemand publié par la Commission des crimes de guerre de Pologne (*German crimes in Poland*, vol. 9, p. 152 et 153).

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

concernant très souvent des individus en bon état physique -à défaut de la pleine possession de leurs facultés mentales- ne laisse pas d'engendrer de sérieux soupçons dont elles s'ouvrent à leur entourage. Par ailleurs, les transports collectifs des malades dirigés vers les établissements pseudo-sanitaires ne peuvent passer inaperçus et s'opèrent fréquemment au prix de scènes insupportables et brutales, si bien qu'ils soulèvent non seulement l'indignation populaire mais encore une inquiétude légitime qui ne cessera plus, dès lors, d'être entretenue par les Eglises.

Le malaise règne en Allemagne, à un point tel que « les familles refusent d'envoyer leurs malades dans les asiles, ne sachant pas s'ils les reverront vivants... Deux plaintes pour assassinat auraient été portées à Nuremberg par les parents des malades », assure un responsable local à ses supérieurs hiérarchiques. Et il ne s'agit pas là d'un cas isolé, si l'on en croit le nombre important des rapports qui affluent de toutes parts pour dénoncer la gravité de la situation. Ainsi à Langlau, « des gens se sont laissés entraîner à des critiques de l'Etat national-socialiste » après avoir assisté à l'un de ces transports. Mais le plus significatif, à notre sens, réside encore dans la teneur de ces critiques. Une partie des spectateurs aurait en effet formulé sa désapprobation de la façon suivante :

« Notre Etat doit être bien mal en point, pour qu'il soit possible qu'on envoie ces pauvres gens à la mort, afin d'employer pour faire la guerre les sommes ainsi économisées »<sup>40</sup>.

Par souci d'honnêteté et à défaut de certitude absolue, sans doute importe-t-il de ne point trop généraliser pour faire de cette déclaration l'expression de l'opinion publique allemande du début de l'année 1941<sup>41</sup>. Elle n'en est pas moins extrêmement intéressante puisqu'elle fait la démonstration, à la fois nette et concrète, de ce que nous tentions de traduire, de façon beaucoup plus abstraite, par l'énoncé de ces deux postulats de base :

1- L'Etat totalitaire vise à endormir la conscience sociale par une incessante propagande, laquelle tend essentiellement à exalter la fibre nationale et idéologique pour mieux combattre, perturber et inverser la hiérarchie des valeurs fondamentales que constituent, dans l'ordre, la personne humaine, la famille, la communauté universelle, enfin l'Etat<sup>42</sup>. Dans un Etat de droit, imagine-t-on un seul instant que l'on puisse expliquer -

---

<sup>40</sup> Il s'agit bien évidemment d'un passage tiré de l'un des rapports précités.

<sup>41</sup> Encore qu'il y ait de fortes présomptions en ce sens, eu égard à l'attitude généralement adoptée par l'ensemble de la population.

<sup>42</sup> Voir J.Y. Dautricourt, *ibid.*, p. 284.

quand bien même on ne l'approuverait pas- l'assassinat légalisé des faibles d'esprit par les revers subis par la nation et les nécessités de l'effort de guerre ? Assurément non : un tollé général en serait la seule réponse.

2- Même dans un Etat totalitaire, la conscience sociale doit être ménagée et il faut savoir composer avec elle. Autrement dit, il importe de ne pas aller trop loin.

On ne peut guère douter des effets de la propagande nazie sur l'opinion publique allemande. L'un de ses objectifs les plus notables visait à faire de l'« extirpation » des individus réputés indignes de vivre -formule large s'il en fut, partant, facilement exploitable- une idée acceptable d'abord, puis plus ou moins acceptée par l'ensemble de la population. Elle le devint en effet mais à une réserve près, d'autant plus importante que le Führer, fort de sa toute-puissance, n'avait pas cru bon s'y attarder outre mesure. Que les décisions officielles de suppression concernent les voisins, les étrangers, en un mot, « les autres », voilà qui pouvait susciter au mieux l'enthousiasme ou l'approbation, tacite ou explicite, au pire l'indifférence. Mais qu'elles affectent de surcroît « les nôtres » -de bons Allemands, nos pères, nos filles, nos cousins- et c'est alors qu'elles redevinrent, pour ces esprits tirés en sursaut de la léthargie artificielle en laquelle ils s'étaient réfugiés, ce qu'elles n'avaient au fond jamais cessé d'être : de vulgaires assassinats froidement programmés sur de pauvres individus incapables de se défendre.

Aujourd'hui les aliénés mentaux, à qui le tour demain ? demande l'un des chefs de l'Eglise confessionnelle dans un mémorandum adressé à la chancellerie du Reich, résumant ainsi en une seule question le malaise général et l'inquiétude de toute la nation. De là à remettre en question le bien-fondé de la politique étatique et à ébranler les bases mêmes de l'Etat nazi, il n'y avait qu'un pas très facile à franchir. Si bien que Hitler dut ordonner, en août 1941, l'arrêt des mesures d'euthanasie, alors pourtant qu'elles correspondaient à ses visées les plus intimes<sup>43</sup>.

Pour conclure sur ce chapitre de l'histoire du III<sup>e</sup> Reich, nous dirons, à la suite de Léon Poliakov<sup>44</sup>, que le déroulement du programme d'euthanasie est très symptomatique en ce sens qu'il nous montre les limites du pouvoir du chef de l'Allemagne : « Galvanisant les masses populaires, il put les lancer sur des voies nouvelles et déconcertantes ; mais dans ce cas particulier, ayant

---

<sup>43</sup> L'expérience ne fut pourtant pas vaine ; elle permit aux spécialistes ainsi formés d'utiliser, dès 1942, leur savoir-faire à une tâche d'une toute autre envergure : l'extermination totale et méthodique des Juifs de Pologne.

<sup>44</sup> Léon Poliakov, docteur es lettres, historien et directeur honoraire de recherches au C.N.R.S., est juriste de formation.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

présumé de ses possibilités, s'étant heurté à une opposition spontanée et à des résistances délibérées, il se sentit contraint à faire machine arrière. Encore fallait-il qu'un refus unanime, par un véritable réflexe d'horreur, secouât le corps de son peuple »<sup>45</sup>.

L'évolution et l'épilogue de cette affaire interne nous permettent de mesurer la force de la pression que la conscience sociale est susceptible d'exercer à l'échelon limité d'un seul Etat, *a fortiori* totalitaire. Que dire alors de sa puissance lorsqu'elle s'exprime eu un domaine qui lui est autrement supérieur, celui de la communauté internationale comprise, une fois encore, sous son acception d'entité distincte des membres qui la composent ?

Car il ne faut pas s'y tromper. Apprécier la conscience universelle comme l'addition des consciences sociales particulières à chaque nation -corollaire nécessaire de la proposition qui fait de la société internationale une simple juxtaposition d'Etats souverains- reviendrait à présumer de sa puissance sur le seul fondement d'un élément quantitatif qui, pour n'être pas négligeable en la circonstance, est pourtant bien loin d'y suffire.

Sans doute la voix porte-t-elle plus loin lorsqu'elle émane de plusieurs. Mais encore faudrait-il que ceux-là fassent abstraction, pour produire autre chose que du bruit, de ces questions de nationalisme et autres particularismes de société auxquels chacun reste si fermement attaché. Or la conscience universelle -celle dont nous parlons- ne connaît pas de frontières, artificielles ou réelles, puisqu'elle transcende les facteurs de nationalité, de culture, de race majoritaire ou de religion d'Etat. « Les nôtres », « les vôtres » ou « les leurs » ? Autant de possessifs dont elle ignore l'existence, pour les avoir toujours exclus de son vocabulaire. Autrement dit, la conscience universelle appartient à l'humanité toute entière, au genre humain dont on a pu dire qu'« il est de droit le législateur suprême », puisqu'il « détient sur la terre, du moins en puissance, tous les pouvoirs »<sup>46</sup>; en puissance, seulement, le défaut d'institutions représentatives internationales ne lui permettant pas de les exercer de façon normale et régulière. Faut-il voir là un vice rédhibitoire, une impossibilité absolue ? Assurément non ; car la conscience universelle a toujours su passer outre à cette faiblesse de structures pour se manifester et agir, de façon éruptive et sporadique, il est vrai, comme elle le fit lorsque l'horreur des crimes nazis lui fut révélée dans toute son ampleur.

---

<sup>45</sup> L. Poliakov, *Bréviaire de la haine*, Paris, éditions Complexe, 1986, p. 218. Cet ouvrage nous a permis de brièvement évoquer la question de l'euthanasie. Elle est exposée par l'auteur, de façon approfondie, au chapitre intitulé « Les exterminations méthodiques », p. 209 à 218.

<sup>46</sup> J.Y. Dautricourt, *ibid.*, p. 284.

De telles hypothèses démontrent donc qu'il n'est aucun obstacle susceptible de l'arrêter pour lui interdire d'accéder à la qualité de législateur de fait de la société internationale, qualité dès lors qu'elle cumule avec celle de législateur de droit de la communauté universelle des hommes.

C - Nuremberg ou les fondements de la peine infligée aux criminels contre l'humanité

Dès l'instant où la justice sociale se substitua à la justice privée, de nombreuses fonctions furent assignées, successivement ou cumulativement, à la sanction pénale : expiation, rétribution, resocialisation, exemplarité, dissuasion, etc. De ces diverses propositions, nous ne conserverons que celles qui paraissent avoir exercé quelque influence sur le châtement des crimes contre l'humanité. Quant à les répartir en fonction de leurs cadres respectifs, il est tentant de reprendre la formule imaginée par M. Cusson pour lequel « la peine marche, en quelque sorte, sur deux jambes : la justice et la sécurité ». Encore qu'il convienne de la nuancer en précisant qu'il s'agit là d'une réflexion globale étayée sur l'expérience passée<sup>47</sup>. Dès lors et pour peu que la question se déplace pour être examinée à la lumière du droit pénal international, elle se pose avec d'autant plus d'acuité que la gravité exceptionnelle du crime qu'il s'agit de punir se double, en ce domaine, d'un caractère totalement inédit sur le double plan législatif et judiciaire.

Était-ce la justice, était-ce la sécurité, voire la combinaison de ces deux fondements qui sous-tendait le châtement des crimes contre l'humanité ? Nous le saurons en reprenant les deux rubriques précitées pour les rapporter *in concreto* à l'affaire qui nous occupe.

1°) L'utile : la sécurité, fondement de la sanction pénale

La peine peut être conçue comme un instrument d'utilité sociale : on punit pour réprimer le crime et pour assurer en même temps la sécurité des honnêtes gens afin qu'ils puissent vivre, aller et venir, vaquer à leurs occupations en toute quiétude.

Des diverses fonctions reconnues à la peine dans le cadre de l'utilitarisme, il en est deux sur lesquelles nous nous devons d'insister, dans la mesure où elles ont été très souvent citées à l'appui du procès des grands criminels : il s'agit de la prévention par la dissuasion générale et de la neutralisation des délinquants.

---

<sup>47</sup> M.CUSSON, *ibid.*, p. 103. Il paraît de surcroît opportun de distinguer selon les époques et les modes instaurées ou réhabilitées et suivies par les maîtres de la politique pénale du moment.



### a) Intimidation collective et exemplarité

La crainte du châtement contribue-t-elle au respect de la loi ? Les théoriciens du droit pénal classique le croyaient fermement, eux qui prônaient la vertu d'intimidation collective contenue dans la sanction pénale : « Le châtement, inscrit dans la loi sous la forme d'une menace abstraite, et concrétisé quotidiennement par les jugements de condamnation portés contre les coupables, serait pourvu d'une valeur exemplaire et tiendrait ainsi en respect les velléités criminelles d'une masse de citoyens »<sup>48</sup>.

Ainsi résumée par MM. Merle et Vitu, cette opinion comporte toutefois deux propositions qu'il importe de soigneusement distinguer : la première se réfère à la valeur intimidante de la peine simplement précisée par la norme de répression contenue dans la loi pénale, au contraire de la seconde qui, pour sa part, invoque le principe de la peine appliquée. Certes, l'expectative de la sanction peut détourner certains délinquants potentiels de la voie criminelle. Mais pour constituer une menace susceptible de peser sur l'agir humain, encore faut-il qu'elle préexiste à l'infraction qu'ils se proposaient de commettre, qu'ils aient été avertis de son existence par les indications de la loi. Car si la peur est une puissante motivation, l'absence de peur, à l'inverse, peut faire sauter bien des verrous.

Nous l'avons déjà démontré, les grands criminels avaient certainement conscience d'enfreindre la norme internationale relative au respect de la personne humaine, lorsqu'ils ordonnaient la commission des crimes contre l'humanité du haut de la hiérarchie étatique. Néanmoins, pour quelle raison l'auraient-ils redoutée, dans la mesure où elle n'était assortie d'aucune norme de répression ? La peine qui leur fut infligée en réponse à ces crimes ne répondait donc nullement à l'idée d'intimidation collective. Cette fonction doit d'ailleurs être écartée d'office en l'espèce, autant qu'elle présuppose une anticipation de la sanction dont le défaut fait précisément l'objet de la présente section<sup>49</sup>.

En revanche, la valeur d'exemplarité du châtement infligé aux anciens dirigeants de l'Etat nazi a rallié de nombreux interprètes. R. Jackson devait notamment déclarer de façon générale, au cours des débats, que « la nouvelle loi sous laquelle tombent actuellement les criminels de guerre pourra s'appliquer à l'avenir aux dirigeants de toute nation, si elle se livrait à une agression internationale ». De même M. Caloyanni, après avoir évoqué

---

<sup>48</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 742.

<sup>49</sup> A plus forte raison convient-il d'écarter la fonction de prévention spéciale de la peine. Voir MM. Merle et Vitu, *ibid.*, p. 742 et 743.

la pendaison des criminels, devait déclarer que « l'exemplarité de la peine a été satisfaite »<sup>50</sup>.

Peut-être n'est-il pas totalement utopique d'espérer que le précédent de Nuremberg puisse effectivement amener les chefs de gouvernement à réfléchir, avant d'agir de façon criminelle, aux conséquences pénales dont ils auraient personnellement à assumer le fardeau. Savons-nous si les maîtres de l'Allemagne eussent conçu et mené aussi loin l'entreprise criminelle nazie, forts de la certitude -et non seulement de l'assurance verbale, donnée par les autres nations durant le conflit- qu'ils auraient un jour à répondre de leurs forfaits devant une cour internationale ?

La valeur d'exemplarité de la peine n'est donc pas totalement à exclure, encore qu'il paraisse difficile en l'espèce de lui conférer un rôle de premier plan : on ne punit pas des crimes aussi graves dans le seul objectif de servir une bonne leçon aux dictateurs en puissance qui, à l'image des accusés, voudraient dans l'avenir tenter d'asservir l'humanité. Par ailleurs, l'expérience sociologique a amplement démontré qu'il se commet tout de même des forfaits, en dépit de la menace pénale explicitement contenue dans la loi et dans les jugements de condamnation prononcés contre les coupables. Voilà donc qui établit le caractère relatif de la force intimidante de la peine, puisqu'il se trouve toujours des individus pour oser braver le législateur sans tenir compte des conséquences, lointaines et incertaines, de leurs agissements. Dès lors, il n'est pas interdit de se tourner vers l'idée que la sanction pénale les affectant -notamment l'enfermement carcéral- a plutôt pour fonction de les mettre hors d'état de nuire à la société dont ils refusent les normes de conduite.

#### b) La neutralisation des délinquants

La neutralisation repose sur une extrapolation de la récidive de l'accusé, sur « une prédiction de son activité délinquante » s'il était laissé en liberté au lieu d'être confiné entre les quatre murs d'une prison. Si bien que la mesure qui le frappe n'a d'autre but que de l'empêcher de commettre de nouveaux délits pour la période durant laquelle il a été condamné à l'enfermement.

Ne serait-ce que par l'idée dont elle procède, cette fonction de la peine apparaît totalement étrangère au châtement des crimes contre l'humanité commis au cours de la dernière guerre : quelle sorte de récidive pouvait-on craindre de la part des accusés? Aucune, il faut bien l'admettre. La

---

<sup>50</sup> M. Caloyanni, « Le procès de Nuremberg et l'avenir de la justice pénale internationale », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, t. 24, 1964, p. 174.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

disparition du théâtre de leurs opérations par la cessation des hostilités et l'écroulement subséquent de l'empire national-socialiste les avaient déjà mis hors d'état de nuire à la société internationale. Désormais neutralisés par la force des choses, les coupables n'en furent pourtant pas moins condamnés - pour la plupart d'entre eux- à la peine capitale ou à la détention criminelle à perpétuité, conformément aux réquisitions du ministère public.

Toutefois, certains des avocats de la défense s'évertuèrent à prôner cette fonction neutralisante de la peine pour feindre de croire à sa valeur essentielle en ce type d'actions pénales, eu égard à l'intérêt évident que sa reconnaissance pouvait présenter pour leurs clients : les tribunaux les eussent-ils suivis en cette voie et c'est alors qu'ils devaient se résoudre à en tirer les conséquences logiques, à savoir l'acquittement général de tous les accusés. « Le but du châtimement devrait être d'assurer la protection de l'Etat et celle des citoyens de l'Etat qui sévit. Cette protection est assurée par la détention du criminel et de ceux qui envisagent de faire comme lui », plaida l'un d'entre eux dans une cause identique<sup>51</sup>. Or le châtimement ne s'impose plus guère, continua-t-il, dès l'instant où « l'humanité n'a rien à craindre de la part de l'accusé ; quand le régime hitlérien cessa d'exister, il devint un citoyen paisible ».

Clairement, il s'agit là d'une conception quelque peu rétrécie des buts du châtimement et, de façon générale, des procès de criminels de guerre. Rétrécie et peu crédible, de surcroît, puisqu'elle ne paraît pas avoir été jamais partagée par les juges appelés à statuer en la matière ; nous en voulons pour preuve la sévérité des jugements de condamnation et la rigueur des verdicts habituellement prononcés sur les chefs de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

Dans leur ensemble, ces diverses considérations paraissent devoir mener à une conclusion décevante sur le thème de la sécurité. Nous avons dû exclure successivement la prévention générale et la neutralisation, comme fonctions éventuelles du châtimement des crimes précités, tandis que nous y admettions la valeur de l'exemplarité, sans doute, mais pour si peu... L'utilité de la sanction pénale ne serait-elle donc que creuse formule, dans le domaine restreint de la justice pénale internationale ? Assurément non, encore qu'il importe d'en exprimer l'idée de façon beaucoup plus vaste tout en la reléguant à l'arrière-plan des fondements réels du châtimement, du moins en l'espèce précise qui nous occupe.

A vrai dire, la peine est utile en ce sens qu'elle est « de toute façon

---

<sup>51</sup> Maître Servatius dans l'affaire Eichmann, Jérusalem, 1961. Cité par L. Green, *op. cit.*, p. 169 et 170.

imposée par une nécessité rigoureuse de l'hygiène sociale », professent MM. Merle et Vitu : « La société éprouve en effet un irrépressible besoin de dissoudre grâce au dérivatif de la sanction pénale les conséquences émotionnelles du crime (...). Elle apaise et discipline l'irrésistible besoin de vengeance de la victime ou de ses proches. Elle rassure la collectivité en éliminant par substitution les germes de sa dissolution »<sup>52</sup>. Toutefois, précisent-ils, cette justification du rôle de la sanction ignore toute idée de justice, puisqu'elle en appréhende simplement la nécessité comme un fait sociologique dont il faut tenir compte. En conséquence, autant vaut dire que cette conception utilitariste de la peine se place d'elle-même en position tout à fait auxiliaire dans les fondements que nous recherchons au châtement des crimes contre l'humanité. A Nuremberg, sans doute s'agissait-il de satisfaire aux impérieuses exigences exprimées par la conscience universelle. Mais elle ne réclamait rien d'autre que justice soit faite. D'ailleurs, on a déjà quitté le domaine de l'utile pour directement pénétrer celui du juste, lorsqu'on a défini la peine comme « le châtement infligé au délinquant en rétribution de l'infraction qu'il a commise »<sup>53</sup>.

## 2°) La justice, une fin en soi

Il est banal d'affirmer que la justice est la fin de tout système pénal, bien qu'elle n'en soit pas la seule dans la plupart des hypothèses. Avec le jugement de Nuremberg, nous nous trouvons confrontés à l'un de ces cas extrêmes où il paraît difficile de ne pas lui reconnaître le rôle qui lui revient de droit, pourrait-on dire, celui de finalité consubstantielle. Mais n'anticipons pas ; il importe en effet de préciser ce qu'il faut entendre du terme de justice, avant d'en faire le fondement du châtement des crimes contre l'humanité.

Concept abstrait s'il en fut, la justice ne se laisse pas facilement enfermer dans une définition précise. Pas plus qu'elle ne peut se déduire de quelques principes généraux, elle n'est davantage donnée au départ comme une notion immuable, applicable en l'état à chaque cas d'espèce susceptible de se présenter. Bien au contraire, il faut la rechercher, la découvrir et l'induire en partant de ce qui est ; car la justice est le résultat d'une recherche d'égalité, d'équivalence, de proportionnalité et d'équilibre. Formulée en principes de droit, elle revêt néanmoins une double acception dont la teneur apparaît à travers les deux propositions suivantes :

- Rendre à chacun ce qui lui est dû (soit la justice distributive).

---

<sup>52</sup> R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, p. 743.

<sup>53</sup> La définition est de R. Merle et A. Vitu.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

- Réparer le tort causé sans droit à autrui (ou justice corrective).

Finissons-en tout de suite avec ce dernier point, dans la mesure où il ne paraît guère opportun, du moins dans le cadre de notre étude, de lui consacrer de longs développements. Sans doute s'agit-il d'une exigence élémentaire de la justice que le mal commis ou le tort causé à autrui soit réparé par son auteur. A condition, toutefois, que les choses puissent être remises en l'état où elles se trouvaient avant la commission de l'infraction, de façon que le délinquant puisse rendre ce qu'il avait gagné sans rien offrir à la victime qui, elle, a perdu sans recevoir de contrepartie. Or il est à peine besoin de préciser que les conséquences produites par certains crimes sont telles qu'il n'est aucune mesure réparatrice susceptible de les effacer. Ainsi en est-il de l'hypothèse des crimes contre l'humanité.

La justice distributive, en revanche, répond à d'autres critères ; nous en distinguerons trois variantes.

La première repose sur l'idée de rétribution formelle, eu égard à la relation évidente de cause à effet qui existe, pour bon nombre d'entre nous, entre le crime, acte par définition punissable, et le châtement. « [La peine] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis un crime », écrivait Kant en 1796.

Se conformant par ailleurs à la logique de la réciprocité -rendre à autrui l'équivalent de ce qu'on a reçu de lui, en l'occurrence le mal pour le mal-, d'aucuns diront encore que le criminel doit payer pour son crime. Dès lors, le châtement qu'il subit est assimilé au remboursement de la dette qu'il a contractée auprès de ceux dont il a fait des créanciers, à savoir la victime et la société. Au demeurant, ne faisons-nous pas brièvement écho à cette philosophie en désignant précédemment les procès diligentés dans l'immédiat après-guerre par la formule de « l'heure du règlement des comptes » ?

Toutefois, la peine infligée au délinquant en rétribution de son crime ne doit pas seulement être assimilée à une sorte de transaction commerciale. Il arrive chaque jour que des individus contractent des dettes et les paient sans agir pour autant de manière condamnable. Or le crime, lorsqu'il est assimilé à une dette, a ceci de particulier qu'il attire également et surtout la réprobation sociale. Si bien que le châtement doit être conçu « comme un blâme qui exprime notre attachement aux valeurs foulées aux pieds par la faute »<sup>54</sup>. Autrement dit, la justice postule que le criminel soit puni non

---

<sup>54</sup> J. Graven, « De la justice internationale à la paix », *op. cit.*, p. 14.

seulement pour régulariser les rapports réciproques entre les parties, mais encore (et essentiellement) **parce qu'il le mérite**.

Ces trois variantes de la rétribution confondues, peut-on trouver meilleure expression du sentiment unanimement partagé par l'ensemble des peuples libérés de la fêrule ou de la menace nazie ? La conscience universelle exigeait que les anciens dirigeants allemands fussent punis parce qu'ils avaient ordonné la commission de terribles crimes (rétribution formelle) ; ils devaient payer, de surcroît, pour le tort qu'ils avaient ainsi causé à l'humanité (réciprocité) en manquant non seulement au droit, mais encore à la civilisation. Ils devaient enfin subir le juste châtiment des actes dont ils s'étaient rendus coupables parce qu'ils le méritaient ; car le blâme fait de la peine une « protestation contre le mal, en symbole de l'indignation que provoque le crime »<sup>55</sup>.

Cela dit, les sanctions pénales prononcées par le Tribunal militaire international auraient-elles un tant soit peu produit quelque effet éducatif ou dissuasif pour l'avenir ? On ne saurait évidemment s'en plaindre. Tant mieux, dirons-nous donc, tout en précisant une fois encore qu'il ne s'agissait là ni de leur finalité première, ni même d'un vague objectif secondaire. A Nuremberg, on a puni parce qu'il était juste de le faire et pour nulle autre raison. Faut-il alors « justifier la justice » en faisant appel à autre chose ? Non, concluons-nous avec M. Cusson, car la Justice peut être prise comme valeur en soi.

Enfin, peut-être convient-il de compléter l'analyse en se plaçant, dans l'enceinte du tribunal, aux côtés des victimes de crimes contre l'humanité. Pour elles, ce n'est pas tant le châtiment infligé au criminel qui importe que la tenue d'un procès, comme l'a expliqué le professeur Claude Lombois en des termes admirables, empreints de saisissante vérité :

« 123 parties civiles [constituées dans le procès de Barbie], et pas une pour réclamer une réparation civile, même symbolique. Pas une, non plus, pour faire plaider la revendication d'un châtiment sévère, d'une peine exemplaire, d'un mal donné pour payer le mal subi. Elles voulaient seulement que le procès ait lieu. L'indignation devant l'imposture révisionniste est de même nature que ce besoin d'une reconnaissance publique des souffrances personnelles. La médiation d'un procès transmue l'individuellement ressenti en un socialement reconnu comme arrivé. En langage de psychiatre, l'autorité de la chose jugée, c'est la traduction d'un « vécu » en « discours ».

---

<sup>55</sup> M. Cusson, *ibid.*, p. 83.

## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

« Le malheur qui coupe une vie en deux, la césure qui fait que, jusqu'à la mort, il y aura, dans l'histoire personnelle de la victime, un avant et un après sont pétris en sa personnalité même. Les nier, ce n'est pas diverger d'opinion sur un événement, mais refuser l'identité de la victime, l'abolir comme sujet. L'authentification par jugement reconnaît la personne en ce qu'elle est maintenant : mutilée. Elle ne prétend pas pouvoir rien sur sa mutilation. La déclaration de culpabilité, impliquant établissement des faits, de leur imputabilité, est essentielle ; la peine conséquente ne l'est pas. Le temps émousse la peine, devenue dérisoire ; il avive, au contraire, le besoin de dire, en vrai, l'Histoire »<sup>56</sup>.

### 3°) Une « révolution dans l'application de la loi »

L'analyse de la controverse juridique relative à la « légalité » du droit de Nuremberg est désormais parvenue à son terme. Après l'avoir restitué à son exact contexte de droit international pénal pour examiner, une à une, toutes les innovations qu'il portait, il paraît difficile de ne point souscrire à l'opinion émise par M. C. Bernays au cours du procès des principaux criminels de guerre : « Ce qui se passe à Nuremberg n'est pas une révolution de la loi, c'est une révolution dans l'application de la loi »<sup>57</sup>.

Sans doute, les irréductibles objecteront-ils encore et toujours la violation de la règle de non-rétroactivité des sanctions pour maintenir la thèse de l'illégalité, quand même cette violation eût-elle été pleinement justifiée. Se satisferont-ils alors de cet ultime argument selon lequel le strict respect du fameux principe eût eu pour seul effet, dans la cause dont il s'agit, d'en tourner le sens ? « Ce n'est plus assurer le règne du droit et la protection des innocents contre des condamnations injustifiées, ce que la règle se proposait », a déclaré J. Graven ; « c'est au contraire mettre le droit en échec et soustraire les coupables à des condamnations justifiées. Il est donc erroné de penser que le principe « pas de peine sans loi » soit nécessairement la garantie du droit et qu'on n'en puisse faire abstraction sans violer le droit. Il ne constitue pas et ne peut pas constituer un obstacle absolu, constant, à une poursuite et une sanction ; il devait et doit tendre au respect du droit, non à sa violation, il devait et doit être la garantie de l'innocent, non du criminel ». Pour reprendre la formule de A. Ancel, continue ce même auteur, il ne faut

---

<sup>56</sup> C. Lombois, « Un crime international en droit positif français », l'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité, in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Ed. Cujas, 1989, p. 385, n° 59 et 60.

<sup>57</sup> M.C. Bernays, *The legal basis of the Nuremberg trials, The Reader's Digest*, mars 1946.

pas que « par un paradoxe singulier, ce soit l'auteur du délit qui s'abrite derrière la règle, et que pour s'assurer l'impunité il lui suffise, non pas d'éviter de nuire, mais d'éviter la forme d'activité punie par la loi répressive » ; le droit en effet ne saurait vouloir que ce soit la victime qui soit atteinte, et non le criminel<sup>58</sup>.

En outre, il suffit de mettre l'accent sur l'origine historique de la règle de non-rétroactivité dans les législations de *common law* pour aboutir exactement à la même conclusion. Comme l'a rappelé la Cour suprême de la zone britannique, le principe a été « arraché à l'absolutisme étatique dans la lutte pour les droits de l'homme et du citoyen, afin de le protéger contre l'arbitraire étatique »<sup>59</sup>. N'était-il pas alors paradoxal que de vouloir à toute force l'appliquer, au nom d'on ne sait trop quel obscurantisme juridique, pour écarter le juste châtiment de ces crimes qui précisément consistaient en les manifestations d'un arbitraire étatique effréné ? Paradoxal et susceptible, au surplus, de blesser profondément la conscience meurtrie de l'humanité. Mais laissons plutôt la parole à V. Pella : « Le droit étant en premier lieu une discipline de bon sens, qu'on essaie d'imaginer quelles seraient les réactions de l'opinion publique mondiale si l'application du principe invoqué avait pour effet d'assurer l'impunité de tous les criminels de guerre !... Des règles de droit d'une haute portée morale dans des circonstances normales ne seraient-elles pas considérées comme absurdes et même immorales si elles venaient, à un moment donné, à être en contradiction avec les exigences de la conscience universelle ?... Dans la vie internationale, un tel principe aurait pu et aurait dû être respecté si les Etats avaient consenti à organiser, avant la seconde guerre mondiale, une justice pénale internationale permanente. Ils ont eu le tort de ne l'avoir pas fait. Mais leur tort serait plus grand encore si, par l'application du fameux principe, la justice devait de nouveau se reconnaître impuissante devant les crimes dirigés contre la paix et la civilisation »<sup>60</sup>. Notre conviction étant acquise sur ce point, autant vaut clore définitivement la question sur une réflexion empruntée au professeur Lombois selon lequel la rétroactivité -qui n'est pas interdite au législateur- « justifiée par le bien commun, était admissible » en l'espèce<sup>61</sup>.

Le procès de Nuremberg a certainement modifié certaines règles traditionnellement admises, bouleversant ainsi maintes idées solidement ancrées dans les esprits réfractaires au moindre changement, fût-il

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>59</sup> Cité par H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 354, note 48.

<sup>60</sup> V. Pella, « La guerre-crime et les criminels de guerre », *op. cit.*, p. 93.

<sup>61</sup> C. Lombois, *op.cit.*, p. 159.



## Rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales

commandé par les nécessités inhérentes aux circonstances de la cause. On peut les comprendre... Cependant et quand bien même n'aurions-nous pas cherché à déterminer si l'institution de la justice pénale de l'après-guerre les avaient méconnues ou renouvelées, voire dotées d'un souffle neuf et salutaire, force est de constater qu'elle a satisfait aux exigences permanentes de la morale internationale. Ne s'agit-il pas là d'une motivation suffisante pour approuver sans réserve les innovations concrétisées par les jurisconsultes de 1945 ? Grotius, lui aussi, estimait que les relations entre les peuples pouvaient être fondées sur l'équité et la raison...

Oeuvres de Justice, les solutions répressives de la seconde guerre mondiale étaient-elles aussi œuvres de droit ? Assurément oui, et bien davantage encore pour ce qui concerne, de façon plus précise, la reconnaissance législative et le châtement international des crimes contre l'humanité : plus que le droit positif d'une époque donnée, ce sont les principes fondamentaux et éternels du droit qui ont, à leur endroit, engendré le premier cas d'application suprême de la Justice.

Sans doute la justice rendue (de façon générale) à Nuremberg a-t-elle été une justice imparfaite, une justice relative, en un mot une justice humaine, notait H. Donnedieu de Vabres à qui nous laissons volontiers le mot de la fin : « Mieux vaut une justice imparfaite que la carence de la justice »<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg », *op. cit.*, p. 172.



## Conclusion

Nuremberg ne fut pas le « droit d'un moment »<sup>1</sup> ou, pire encore, le droit DU moment, dénoncé comme tel par ses pourfendeurs. Bien au contraire, preuve a été faite, avec le temps, qu'il a marqué le « moment d'un droit » dont l'avènement, « (...) comme toutes les grandes œuvres, aura été enfanté dans la souffrance », remarquait judicieusement H. Carton de Wiart<sup>2</sup>.

Quarante ans, cinquante ans, soixante ans après le timide verdict de Nuremberg à l'égard des crimes contre l'humanité dont le TMI inaugurerait la catégorie, des poursuites étaient engagées et des procès diligentés, sur le plan répressif tant interne qu'international, à l'encontre d'individus accusés de participation à des crimes de ce type perpétrés au cours de la seconde guerre mondiale ou d'autres conflits qui ont émaillé le vingtième siècle, que ce soit en ex-Yougoslavie, au Rwanda ou ailleurs<sup>3</sup>.

Sur le terrain répressif interne, le crime contre l'humanité a atteint sa seconde étape en devenant une infraction imprescriptible, intégrée à l'ordre juridique français par la loi du 26 décembre 1964. Si cette loi déclare l'imprescriptibilité de l'infraction, elle renvoie cependant à l'art. 6-c pour ce qui concerne sa définition, d'où les difficultés auxquelles se heurtera la justice française lorsqu'elle sera amenée à statuer, entre 1975 et 1998, sur les crimes contre l'humanité imputés à Jean Leguay, Klaus Barbie, Paul Touvier et Maurice Papon.

C'est en particulier l'affaire Barbie qui lui a donné l'occasion de trancher sur le fond et de fournir, à partir du texte de 1945, sa propre interprétation

---

<sup>1</sup> Les formules « droit d'un moment » et « moment d'un droit » sont empruntées à C. Lombois, dont les remarquables travaux ont été largement cités au fil de ce travail.

<sup>2</sup> H. Carton de Wiart, « Grands criminels de guerre », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, t. 24, 1946, p. 43.

<sup>3</sup> Un tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie a été mis en place en 1993 par les résolutions de l'ONU n° 808 et 827. Un tribunal de même type pour le Rwanda a été créé en 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité. Néanmoins, ces juridictions souffraient (comme le TMI) d'un défaut de permanence dans le temps et d'ubiquité dans l'espace, d'où l'institution, en juillet 2002, de la juridiction que la société internationale appelait de ses vœux : c'est la Cour pénale internationale (CPI), juridiction permanente dont le champ d'action s'étend sur le territoire de tous les Etats, nombreux, qui ont ratifié le statut de Rome du 17 juillet 1998.

de l'infraction. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, « constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'art. 6 du statut de Nuremberg (...) –alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'art. 6-b de ce texte<sup>4</sup>– les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition »<sup>5</sup>.

C'est la première dérive, qui par la suite ira en s'amplifiant. Désormais, ce ne sont plus certains crimes contre l'humanité qui rejoignent, comme à Nuremberg, la catégorie élargie des crimes de guerre<sup>6</sup>, mais certains crimes de guerre qui deviennent variante du crime contre l'humanité, l'imprescriptibilité de ce dernier n'étant évidemment pas étrangère à cette interprétation contestable du texte de référence<sup>7</sup>.

La solution judiciaire de l'affaire Touvier a elle aussi contribué à la dénaturation de l'infraction. Dans son arrêt du 27 novembre 1992, la Cour de cassation a posé en principe, sur le fondement prétendu de l'art. 6 du statut du TMI, que « les auteurs ou complices de crimes contre l'humanité ne sont punis que s'ils ont agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe ». Or l'art. 6 ne dit substantiellement rien de tel, la formule y étant visée seulement à propos de la compétence du TMI.

Le fait d'avoir agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe apparaît donc comme une nouvelle extension prétorienne de la définition de l'infraction, dans la mesure où il ne participe pas de ses éléments constitutifs, selon le texte d'incrimination (l'art. 6-c). Quant à l'arrêt du 21 octobre 1993 rendu dans la même affaire, il précisera davantage. La complicité de crimes contre l'humanité suppose :

---

<sup>4</sup> Selon l'art. 6-b, sont des crimes de guerre « les violations des lois et coutumes de la guerre (...) qui comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ».

<sup>5</sup> Cass. Crim, 20 décembre 1985.

<sup>6</sup> V. titre I, chapitre 1<sup>er</sup>, notamment section I.

<sup>7</sup> Le pourvoi avait été formé par 12 associations d'anciens combattants, les crimes imputés à Barbie contre les résistants - notamment l'assassinat de Jean Moulin - ayant été écartés de la procédure en tant que crimes de guerre prescrits.

## Conclusion

- un ordre émanant du représentant d'un Etat européen de l'Axe pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, en l'occurrence l'Allemagne nazie (d'où la question de savoir si Touvier a agi de son propre chef ou sur ordre) ;

- et une participation volontaire apportée en connaissance de cause, non « neutralisée » par un fait justificatif comme la contrainte, l'état de nécessité ou l'ordre de l'autorité.

Enfin, l'arrêt rendu, le 23 janvier 1997, dans le cadre de l'affaire Papon se fondera sur les mêmes principes pour retenir la responsabilité de l'intéressé. On notera cependant, à l'issue de cette évolution, que le texte de référence est toujours l'art. 6-c du statut du TMI, malgré l'insertion, dans l'ordre juridique français, de nouvelles incriminations relatives au crime contre l'humanité.

Il est vrai que le texte auquel nous faisons référence jusqu'à présent (l'art. 6-c) incluait de nombreuses déficiences, liées notamment à la poursuite devant le TMI<sup>8</sup>. D'où la nécessité de le toiletter avant de l'introduire, ainsi rajeuni, dans le nouveau code pénal, qui réserve un titre entier au crime contre l'humanité. Cependant, l'analyse de ce « rajeunissement » se révèle décevant. Désormais, il n'y a plus UN, mais DES crimes contre l'humanité parmi lesquels le crime de génocide, occupant seul le chapitre I, suivis des autres variantes, objets du chapitre suivant. Autrement dit, il y a le genre (c'est-à-dire la catégorie générique des crimes contre l'humanité), et les espèces qu'il renferme, à savoir :

- le crime de génocide (art. 211-1 CP), visant comme victimes les groupes et eux seuls, groupes « national, ethnique, racial ou religieux » (l'énumération étant reprise de la convention sur le génocide de 1948), auxquels la loi française ajoute « tout groupe déterminé à partir de tout critère arbitraire » ;

- le crime contre l'humanité *stricto sensu* (art. 212-1 CP) et

- les crimes contre l'humanité « allégés » -ou crimes de guerre « aggravés »- dont on reconnaîtra la filiation directe avec l'affaire Barbie, commis contre les combattants du système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité<sup>9</sup>.

La déliquescence de l'infraction est parachevée ou presque. Il faut la déplorer, car elle ne permet plus de distinguer la frontière entre le crime

---

<sup>8</sup> Nous connaissons les raisons d'être de l'insertion, au sein de l'article 6-c, du lien de connexité et du complot. V. titre I, chapitre 1<sup>er</sup>, notamment section I.

<sup>9</sup> C. Grynfolgel, « Le concept de crime contre l'humanité, hier, aujourd'hui et demain », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 1/1994, p. 13 à 32.

contre l'humanité et le crime de guerre. Quel est donc le critère du crime contre l'humanité qui, à coup sûr, permet de l'identifier par référence aux infractions voisines ? Il ne réside certainement pas dans la matérialité de l'acte, qui peut être identique dans les deux cas. Crimes contre l'humanité et crimes de guerre peuvent être consommés par les mêmes moyens, et l'atrocité plus ou moins marquée d'un acte criminel ne permet pas d'y voir un crime contre l'humanité plutôt qu'un crime de guerre ou inversement. En revanche, on peut le déceler à travers son élément moral, à savoir l'intention délictueuse qui armait le bras du criminel et le déterminait à agir.

C'est bien ici que réside le critère distinctif du crime contre l'humanité. C'est lui seul qui fait qu'un assassinat est un crime contre l'humanité et non une infraction « ordinaire » ou un crime de guerre. Mais encore faut-il s'entendre sur le contenu de cet élément moral, contenu qui, de façon critiquable, a évolué au fil du temps : de l'intention d'asservir, de persécuter, d'assassiner ou d'exterminer tels individus pour cause de race ou de religion (art. 6-c), on est passé, subrepticement :

- à la participation à une politique d'hégémonie idéologique (affaire Barbie),
- et à une action pour le compte d'un pays européen de l'Axe (affaires Touvier et Papon).

Quant au nouveau code pénal, il opère une sorte de déplacement du centre de gravité de l'infraction. Pour caractériser un crime contre l'humanité, l'intention (dite *dol spécial*) sus-décrite ne suffit plus. Il faut y adjoindre le caractère organisé et systématique des actes matériels d'exécution, c'est à dire la participation à un plan concerté, un complot, qui devient l'élément essentiel du crime dont il s'agit.

Ces extensions légales et jurisprudentielles sont critiquables, redisons-le, dans la mesure où l'on s'éloigne, désormais, de l'essence même de l'infraction. Comme l'a dit André Frossard, « non, ce n'est pas le même crime de faire lever les bras à un petit garçon marqué de l'étoile jaune (...) et d'arrêter un opposant au régime nazi », « quelle que soit la forme de son opposition », pour reprendre les termes de l'arrêt Barbie du 20 décembre 1985.

« L'opposant arrêté allait seul à Dachau. Avec sa grandeur, avec sa noblesse. Le petit garçon marqué de l'étoile jaune allait à Auschwitz avec sa famille, et il n'avait pas plus de chances d'en sortir vivant que l'on peut en avoir de réchapper d'un accident d'avion (...). Le combattant clandestin

## Conclusion

savait à quoi il s'exposait. L'enfant d'Izieu ne savait pas qu'il était de trop sur la terre où il avait eu, quelque temps, la permission de jouer (...) »<sup>10</sup>.

C'est seulement parce qu'ils étaient Juifs que les enfants d'Izieu<sup>11</sup>, débusqués de leur cachette par Barbie, ont été raflés le 6 avril 1944 pour être conduits à Montluc, Drancy puis Auschwitz. Un garçon du coin, cependant, est arrêté par erreur avec eux et inclus dans le triste convoi. Il sera relâché, sitôt qu'il aura établi sa qualité de non-juif. Et des faits identiques se retrouvent, à quelque mois d'intervalle, à Rillieux-La-Pape<sup>12</sup>. Qui sont les individus arrêtés puis massacrés sur ordre de Touvier ? Sept Juifs, et « il ne s'agit pas d'un hasard », précise le rapport de police établi en mars 1946 pour relater l'affaire. Toutefois, il y avait un huitième individu inscrit sur la liste des départs pour Rillieux : c'est Louis Goudard, responsable FTP peut-être, mais non juif sûrement, ce qui lui vaudra d'être exclu du convoi *in extremis* puis remis en cellule où il apprendra, le soir même, le sort réservé à ses sept compagnons.

Cette affaire de Rillieux est d'ailleurs complémentaire de celle d'Izieu, dans le cadre de notre démonstration : car si la première insiste sur l'importance de la personnalité des victimes, dans la compréhension du crime contre l'humanité, la seconde la confirme, *a contrario*, en montrant l'indifférence que suscite leur comportement personnel :

La rafle d'Izieu visait, pour majeure partie, des enfants de moins de quinze ans, auxquels rien ne pouvait être pénalement reproché. Les sept victimes de Rillieux, en revanche, sont des adultes, mais il importe peu qu'elles se soient opposées, de quelconque façon, aux autorités d'occupation ou à la Milice. Mieux encore : Louis Goudard, qui devait faire le huitième, s'est bel et bien rendu coupable de quelque chose, puisqu'il est responsable d'une section de FTP (francs-tireurs et partisans). Mais cela n'a aucune importance ici ; il ne sera pas fusillé car il n'est pas juif, seul tort que l'on pourra relever –et en tout cas, seul tort qui fut relevé– à l'encontre des sept autres et des enfants d'Izieu.

---

<sup>10</sup> André Frossard, *Le crime contre l'humanité*, éd. R. Laffont, 1987.

<sup>11</sup> L'arrestation, suivie de la déportation sans retour d'une quarantaine d'enfants juifs cachés dans un home d'enfants sis à Izieu, dans l'Ain, fut l'une des charges principales retenues contre Klaus Barbie.

<sup>12</sup> Le 29 juin 1944, Paul Touvier, alors chef du renseignement de la milice lyonnaise, ordonnait l'exécution de sept juifs à Rillieux-la-Pape, comme représailles de l'assassinat, par la Résistance, du secrétaire d'Etat à l'Information de Vichy, Philippe Henriot.

Dans le crime contre l'humanité, la personnalité de la victime est fondamentale, essentielle. Le criminel l'ignore en tant que victime individuelle, il ne la vise que comme victime commune ou collective de sa haine ou de sa volonté de persécution raciale ou religieuse. En d'autres termes, s'il cherche à l'atteindre, c'est parce qu'elle appartient –et seulement parce qu'elle appartient– à telle race ou telle religion. Débarrassé de ses inutiles excroissances, l'art. 6-c ne dit pas autre chose et A. Frossard, encore lui, en exprime très bien l'idée lorsqu'il écrit très simplement qu'il y a crime contre l'humanité « lorsqu'on tue quelqu'un sous prétexte qu'il est né ».



## Table des matières

<b>Titre 1<sup>er</sup> : Le procès de Nuremberg : une infraction en devenir, le crime contre l'humanité.....</b>	<b>13</b>
<b>Chapitre 1<sup>er</sup> - De l'article 6 du statut à l'acte d'accusation des grands criminels de guerre.....</b>	<b>15</b>
Section I – L'article 6 du statut du TMI de Nuremberg.....	15
Section II – L'acte d'accusation des grands criminels de guerre.....	29
<b>Chapitre II – Le jugement de Nuremberg, appréciation critique...</b>	<b>47</b>
Section I – L'interprétation de l'art. 6-c du statut du TMI.....	47
Section II – A la recherche des motivations profondes du Tribunal.....	51
Section III – Le crime contre l'humanité, un crime contre la condition humaine.....	55
<b>Chapitre III - Nuremberg et le crime contre l'humanité, œuvres du droit ?.....</b>	<b>59</b>
Section I - Le droit pénal de la société internationale : un droit à la fois pénal et international.....	61
Section 2 – La légalité internationale.....	80
<b>Titre 2 – Le fondement du droit de Nuremberg : la force, la vengeance, le droit ?.....</b>	<b>101</b>
<b>Chapitre I – Nuremberg, droit de la force ou manifestation de la force du droit ?.....</b>	<b>105</b>
Section I – La nature juridique de l'accord de Londres et du statut du 8 août 1945.....	106
Section II - Une juridiction internationale, le tribunal de Nuremberg.....	115

<b>Chapitre II - La justice rendue à Nuremberg, une application de la loi pénale ou la loi du talion ?.....</b>	<b>137</b>
<b>Section I – Les conditions de mise en œuvre du droit international : la responsabilité.....</b>	<b>138</b>
<b>Section II - Les justiciables du droit pénal international.....</b>	<b>146</b>
 <b>Chapitre III - La rétroactivité du droit pénal spécial des infractions internationales : le crime contre l'humanité.....</b>	 <b>161</b>
<b>Section I - Une infraction internationale : le crime contre l'humanité.....</b>	<b>162</b>
<b>Section II – La sanction pénale du crime contre l'humanité, une rétroactivité justifiée ?.....</b>	<b>168</b>
 <b>Conclusion.....</b>	 <b>201</b>

## Les publications du centre universitaire de Tarn-et-Garonne

**N° 1 : *Bicentenaire du département de Tarn-et-Garonne. Genèse, formation permanence d'une trame administrative* (sous la direction de Philippe Delvit), 517 pages, 2008, 30 €**

En 1808, la venue de Napoléon à Montauban marque la fin d'une longue période d'incertitude pour les Montalbanais. Le département de Tarn-et-Garonne est créé après dix-huit années de tractations puisque Montauban, reléguée jusque là au rang de chef-lieu de district du département du Lot, voit enfin son vœu collectif réalisé en devenant chef-lieu de département. Faire prendre conscience à des populations différenciées par des modes de vie, par des pratiques sociales, par des nuances de la langue occitane, qu'elles appartenaient désormais à une même entité, fut la difficile mission du Conseil général de Tarn-et-Garonne.

**N° 2 : *L'enseignement des religions. Approches laïques et religieuses* (sous la direction de Christine Mengès-Le Pape), 380 pages, 2010, 25 €**

L'objet de ce livre, c'est de mettre en lien cultures et religions. Il faut distinguer deux domaines pédagogiques : l'enseignement sur les religions qui est de nature laïque et l'instruction religieuse qui a un caractère confessionnel ; cette distinction est très nette en France, alors qu'ailleurs elle peut l'être beaucoup moins. Se pose un problème essentiel de mémoire et de transmission des savoirs religieux ; de ne pas retenir cette part spirituelle, c'est s'exposer à perdre l'intelligence de l'histoire et des identités, c'est prendre le risque de déplacer la laïcité, de la confondre avec le rejet de la religion et de ses libertés. Laisser une telle place à l'inculture, c'est aussi créer un vide qui devient l'espace laissé libre à toutes les déformations.

**N° 3 : *La Langue occitane du Tarn-et-Garonne au début du XIX<sup>e</sup> siècle* (par Stéphane Bourdoncle), 146 pages, 2010, 15 €**

S'appuyant sur une enquête réalisée au début du XIX<sup>e</sup> siècle, Stéphane Bourdoncle dresse le portrait riche et pluriel de la géographie linguistique du Tarn-et-Garonne à l'époque de la création de ce département. Cette géographie est un jalon dans la connaissance d'abord, de la langue parlée et de ses variables, qui sont autant de richesses, ensuite et justement de son degré de pénétration par le français.

**N° 4 : *Laïcité et république* (par Frédérique De la Morena) 208 pages, 2011, 20 €**

Etant affirmée, au même titre que la trilogie : liberté, égalité, fraternité, comme l'un des principes fondateurs de l'Etat, la laïcité est une valeur républicaine. Si les oppositions se sont aujourd'hui estompées, la compréhension du principe de laïcité reste tributaire de l'histoire. Mais cette histoire est aussi celle de la République, élément d'identification de la laïcité. Saisir les rapports, complexes, entre République et laïcité afin de mieux cerner la signification juridique de cette dernière, appelle une double analyse, celle de la nature laïque de la République et celle de la nature républicaine de la laïcité.

**N° 5 : *Le livre numérique Quels enjeux, quels acteurs ? - Actes de la journée d'études du 21 février 2011* (sous la direction de Fanny Mazzone et Clarisse Barthe-Gay), 134 pages, 2011, 10 €**

Dans un cadre économique et juridique incertain, le développement du livre numérique conduit les différents acteurs de la chaîne du livre à reconsidérer leurs pratiques. Comment les auteurs se saisissent-ils du numérique ? Pourquoi les éditeurs semblent-ils réservés à l'égard de cette nouvelle forme de livre ? Les libraires et les bibliothécaires peuvent-ils trouver leur place dans l'univers des lecteurs ?